

جواهر الكلام

« في شرح شريعت الأئمة »

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ حسين بن علي النجفي

المؤيد

الجزء الأربعون

قوبل بنسخة الأصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب تراه

تحقيق وتعليق وتصحيح

محمد باقر القمي

طبع على نفقة

دار الإحياء التراث العربي

بيروت - لبنان ١٩٨١

الطبعة السابعة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي جعل هذا الكتاب

كتاب القضاء الذي هو لغة ملوك كثيرة دينا انتهت اليه عيون الحكماء واعلام
الاعلام ومحنة بعضهم بالانها وكقول ولحم والامر والخلق والفعل والادام وفهم
قال الله ثم لا يجدوا حرجا على انفسهم ما قضيت الاحاجة في نفس يعقوب فقضاها
وقضينا اليه ذلك الامر قبل هذه البقرة والله يقضي الحق فلما قضينا عليه الموت حي حننا
وقضى ركب ان لا تعبدوا الا اياه فمضت سبع سنوات فاقض ما انت قاض فلما قضى
مضى اجل ايام الاجل قضيت فاعده طلق قضى الامر الذي بينه ستغنيان وان
كان يمكن ارجاع بعضها الى بعض لكن قيل ويستم القضاء لان القاضي يسمع
بالفصل ويمضيه ويبرئ منه وفيه انه يسمع الحكم الذي اول المعاضة كمن اول في هذا
بل في كشف اللثام هو فصل الامر قولوا او فعاد والامر سهل وعرفا ولاية الحكم شرعا
لمن له اهلية الفتوى بحجتها لقوانين شرعية على اشخاص معينين من جهة ما نصاب
الحقوقي ولتبينها المستحق كانه لله وتشفيع وكشف اللثام وغيرها بل في الاول منها
نسبة تقر بينهما بذلك اليهم وفيه ولاية شرعية على الحكم والمصالح تنافس في قبل الاما
معللة اول في الاول ضرورة اعني مودده من حصول ثبات الحقوق كالحكم بالهدل و
محم ولعل الماد بذكرهم الولاية بيان ان القضاء امر المركب والمناصب لا فاقان وهو
غضن من شجرة كبريائه لقائه للنبي وخلقائه وهو المودع للخلقة قوله ثم يا داود انا
جعلنا خلقك بل ومن الحكم في قوله واتباه الحكم صبيا قال امير المؤمنين ع قد دل
على ان عيسى الانبي اوصي وقال كنه انفق الحكم انا هي الامام كمال بالقضاء كما
بالمسلم كني اوصي وبالحلة هي عينا صبيحة واهل بيته الذين هم ولاية الامر
المستطوع وبه يسمع قوله في قد جعلته قاضيا وكما وقع فالمدون في الولاية في
الامر من كونه امة او من هذا وقد ذكر غير واحد ان من خاتمة عدم نقض الحكم فيه

١٢٢

١٢٣

هذا هو الكتاب

هذا هو الكتاب

صورة فتوغرافية من الصفحة الاولى من كتاب القضاء للنسخة الأصلية
المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه وبها مشها أثر خطه الشريف

١٠٠ - بعد معرفة ما سبب المعدها في هذه المسئلة بعد ما افترق حق العبرج عدم دليل على قيام
 سبب السيرة او القرينة ولا يتم دليل الطبع عندنا وان لم ينسب الى احد منها افرج ان ينكرهم افعال
 ولم تعد معرفة سآ على قول المفسد بغيره ولا ينيل رجوعه بعد الاستتاب ولا اعتبارا بشان
 ان كان محب او نفقة قبل كسوت شرعا عليها ثم يرجع من نكحة القرينة بغيرها الاخر فينا وفيها قد
 كان لا خلاف ولا وجه لرجوعه ولو افهم كل من المدينين بنية بالنسب فافترقا ولا يرجع حكم بالقرينة
 عندنا ولو افهم احداهما بنية ان هذا البند آخر بنية ان هذا بنية فافترقا فان حكم بالذوق بغير البول
 وعينه هو ولد من الابن وان حكم بالانوية فهو ولد من البنت لان كلاهما لا يستحق الامر او نكاحه وان ظهر في
 مشكلا افرج العينة ذلك ما ذكره هنا ما هو محل النظر فإذ على ما استرنا اليه وكما عرض
 لتفصيل ذلك نعلمه اول مسئلة انه متوفيق له والجدوة اول واخرا وظاهره او باطنا وصل اليه
 محمد وآله الطيبين كما هو من اولياء الله كما ادم ومنع الحق والكرم فانهم
 وسيلق الى رتبة قد فصح لانهم بغيره مباحث هذا الكتاب
 بتلقاه معنى القبول فانه المواد الكرم وهو المقدم
 وتفصل لهم على عين تعرف بالقرينة الطيف
 الجدي كرمه من ان كرمه كرمه كرمه كرمه
 الفصح باقر كرمه كرمه كرمه كرمه
 المرحم اعلم كرمه كرمه كرمه كرمه
 كرمه كرمه كرمه كرمه
 النكاحا كرمه كرمه
 الارز كرمه
 النور
 ما في
 وحسنه وتكون استاذ كرمه كرمه

صورة فتوغرافية من الصفحة الأخيرة من كتاب القضاء للنسخة
 الأصلية المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وصلى الله على محمد وآله

كتاب القضاء

بالمدة وقد يقصر الذي هو لغة لمعاني كثيرة ربما انهيت إلى عشرة :
الحكم والعلم والاعلام - وعبر عنه بعضهم بالانهاء - والقول والحكم والأمر
والخلق والفعل والاتمام والفراغ .

قال الله تعالى : « ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت » (١) .
« إلا حاجة في نفس يعقوب قضاها » (٢) . « وقضينا إليه ذلك الأمر » (٣) .
قيل : ومنه أيضاً « والله يقضي بالحق » (٤) والأولى جعله من الأول .
« فلما قضينا عليه الموت » (٥) أي حتمنا . « وقضى ربك ألا تعبدوا إلاياه » (٦)

(١) سورة النماء : ٤ - الآية ٦٥ .

(٢) سورة يوسف : ١٢ - الآية ٦٨ .

(٣) سورة الحجر : ١٥ - الآية ٦٦ .

(٤) سورة غافر : ٤٠ - الآية ٢٠ .

(٥) سورة سبأ : ٣٤ - الآية ١٤ .

(٦) سورة الاسراء : ١٧ - الآية ٢٣ .

« ففصاهن سبع سماوات » (١) . « فاقض ما أنت قاض » (٢) . « فلما قضى موسى الأجل » (٣) . « أيما الأجلين قضيت » (٤) . « قضى الأمر الذي فيه تستفتيان » (٥) وإن كان يمكن إرجاع بعضها إلى بعض. كما أنه يمكن إرجاع القضاء المقابل للأداء والموت وقضاء الدين ونحو ذلك إليها وإلا كانت زائدة

وفي القاموس « القضاء : الحكم والصنع والحتم والبيان ، وقضى : مات و . . . عليه : قتله ، و . . . وطره : أتمه وأدامه ، و . . . عليه عهداً : أوصاه وأنفذه ، و . . . إليه : أنهاه ، و . . . غريمه دينه أداه ، وسم قاضٍ : قاتل » .

لكن قيل : ويسمى القضاء قضاءً لأن القاضي يتم الأمر بالفصل ويمضيه ويفرغ منه .

وفيه أنه بمعنى الحكم - الذي أول المعاني في الصحاح والقاموس - أولى من ذلك، بل في كشف اللثام « هو فصل الأمر قولاً أو فعلاً ، والأمر سهل .

وعرفاً ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بمجوزيات القوانين الشرعية على أشخاص معينين من البرية باثبات الحقوق واستيفائها للمستحق، كما في المسالك والتنقيح وكشف اللثام وغيرها ، بل في الأول منها نسبة تعريفه بذلك إليهم .

(١) سورة فصلت : ٤١ - الآية ١٢ .

(٢) سورة طه : ٢٠ - الآية ٧٢ .

(٣) و (٤) سورة القصص : ٢٨ - الآية ٢٩ - ٢٨ .

(٥) سورة يوسف : ١٢ - الآية ٤١ .

وفي الدروس «ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الامام (عليه السلام)» ولعله أولى من الأول ، ضرورة أهمية مورده من خصوص لإثبات الحقوق كالحكم بالهلال ونحوه وعموم المصالح .
ولعل المراد بذكرهم الولاية - بعد العلم بعدم كون القضاء عبارة عنها - بيان أن القضاء الصحيح من المراتب والمناصب كالامارة ، وهو غصن من شجرة الرئاسة العامة للنبي (صلى الله عليه وآله) وخلفائه (عليهم السلام) وهو المراد من قوله تعالى (١) : «ياداوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم» إلى آخرها ، بل ومن الحكم في قوله تعالى (٢) : «وآتيناك الحكم صيباً» .

قال أمير المؤمنين (عليه السلام) لشرع (٣) : «قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي أو شقي» وقال الصادق (عليه السلام) (٤) : «اتقوا الحكومة ، إنا هي للامام العالم بالقضاء العادل بين المسلمين كني أو وصي» .

وبالجملة هي من مناصب محمد (صلى الله عليه وآله) وأهل بيته (عليهم السلام) الذين هم ولاة الأمر والمستنبطون، وبه يشعر قوله (عليه السلام) (٥) : «فاني قد جعلته قاضياً وحاكماً» وقاضي التحكيم ليس من المناصب العامة .

وحينئذ فالمراد من الولاية في التعريف الأعم من كونها من الله أو

(١) سورة ص : ٣٨ - الآية ٢٦ .

(٢) سورة مريم : ١٩ - الآية ١٢ .

(٣) و (٤) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٢ - ٣ .

(٥) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ١ و ٦ إلا أن في الأول

«فني قد جعلته عليكم حاكماً» وفي الثاني «فاني قد جعلته عليكم قاضياً» .

منهم أو خصوص ما كانت منهم كما هو مقتضى التعريف الثاني ، بل هو الظاهر من الأول أيضاً .

هذا وقد ذكر غير واحد أن من خواصه عدم نقض الحكم فيه بالاجتهاد ، بل يجب على غيره من القضاة تنفيذه وإن خالف اجتهاده ما لم يخالف دليلاً قطعياً ، وأن له ولاية على كل مولى عليه مع فقد وليه ومع وجوده في مواضع يأتي بعضها إنشاء الله ، وأن به يلزم حكم البيعة لمن شهدت عليه والشهود ، فأما من شهدت عليه فيلزمه الحق ، وأما الشهود فيغرمهم إياه لو رجعوا عن الشهادة ، وهو جيد .

لكن قد يشكل الاستثناء في الأول فيما إذا كان الدليل القطعي نظرياً لم يثبت قطعيته عند القاضي الأول باطلاق ما دل (١) على النهي عن رده ، كما أنه يشكل تنفيذه من القاضي الآخر بكونه غير ما أنزل الله تعالى .

ومن هنا أمكن القول بعدم جواز رده وعدم وجوب تنفيذه ، بمعنى إجراء الحكم الواقع عليه في حقه ، ويأتي إنشاء الله تمام الكلام في ذلك . وأما الولاية على المولى عليه أو على المصالح العامة فالظاهر عدم لزومها للنصب للقضاء ، فهي حيثئذ أمر آخر تنبع عبارة النصب .

وعلى كل حال ففي التحرير وغيره وأن القضاء واجب على الكفاية ، بل في الرياض نفي الخلاف فيه بيننا ، قال : لتوقف نظام النوع الانساني عليه ، ولأن الظلم من شيم النفوس ، فلا بد من حاكم ينتصف من الظالم للمظلوم ، ولما يترتب عليه من النهي عن المنكر والأمر بالمعروف .

وفيه أن ذلك من قاعدة اللطف المقتضية نصب الامام المتوقف عليه استقامة نظام نوع الانسان ، وليس هو من الواجب الكفائي بالمعنى المصطلح ، نعم من السياسة الواجبة على الامام (عليه السلام) نصب ما يستقيم به

(١) الرسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ١ و ١٧ و ٤٨ .

نظام نوع الانسان ، كما أنه يمكن القول بوجود مقدار الصالح لذلك فيهم ، وبوجود فعل القضاء من المنصوبين له على الكفاية ، وبوجود تولي القضاء من الامام (عليه السلام) ويكون كفيل الميث المتوقف صحته على الاذن من الولي .

ولعل ذلك ونحوه مرادهم من الوجوب على الكفاية ، وإن كان في قولهم: هو واجب على الكفاية - بعد تعريفهم له بالولاية التي قد عرفت معناها - نوع تسامح ، ضرورة عدم صلاحيتها بمعنى كونها منصبةً من المناصب للاتصاف بذلك ، كما هو واضح ، نعم يتجه ذلك على مذهب العامة الذين لا إمام منصوب لهم من الله تعالى شأنه .

ومن ذلك كله ظهر لك أن القضاء الذي هو من توابع النبوة والامامة والرئاسة العامة في الدين والدنيا غير محتاج ثبوته إلى دليل، خصوصاً بعد قوله تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً » (١) و « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » (٢) . « فان تنازعتم » (٣) إلى آخرها وغير ذلك ، وأما التنصب منهم للقضاء فهو معلوم أيضاً ، بل متواتر .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ النظر في صفات القاضي ، وآدابه وكيفية الحكم ، وأحكام الدعاوي ﴾ .

الأول

﴿ في الصفات ﴾

﴿ ويشترط فيه ﴾ أي القاضي الذي يراد نصبه منهم (عليهم السلام) ﴿ البلوغ وكمال العقل والايان والعدالة وطهارة المولد والعلم والذكورة ﴾ بلا خلاف أجده في شيء منها ، بل في المسالك « هذه الشرائط عندنا موضع وفاق ، بل حكاها في الرياض عن غيرها أيضاً ، وعن الأردبيلي دعواه فيما عدا الثالث والسادس ، والغنية في العلم والعدالة ، ونهج الحق في العلم والذكورة .

وحيثن ﴿ فلا ينعقد ﴾ منصب ﴿ القضاء لصبي ولو مراهق ﴾ ولا مجنون ولو أدياراً حال جنونه ، لسلب أفعالها وأقوالها وكونها مولى عليها ، فلا يصلحان لهذا المنصب العظيم ، ومنصب الامامة ليحيى (عليه السلام) وللصاحب بروحي له الفداء إنما كان لنوع من القضاء الالهي ، نحو عيسى بن مريم (عليه السلام) .

﴿ ولا لكافر ، لأنه ليس أهلاً للأمانة ﴾ ولم يجعل الله له سبيلاً على المؤمن (١) إذ الاسلام يعلو ولا يعلى عليه (٢) .
﴿ وكذا ﴾ غير المؤمن الذي هو كافر في الجملة أيضاً ، لما

(١) اشارة الى قوله تعالى في سورة النساء : ٤ - الآية ١٤١ .

(٢) اشارة الى قوله صلى الله عليه وآله المروى في الوسائل - الباب - ١ من ابواب موانع

الارث - الحديث ١١ من كتاب الفرائض .

تواترت النصوص في النهي عن المرافعة إلى قضائهم (١) بل هو من ضروريات مذهبنا .

بل لا يصلح لهذا المنصب ﴿ الفاسق ﴾ الامامي فضلاً عن غيره ، لما هو المعلوم من النص (٢) والفتوى من قصوره عن مرتبة الولاية على يتم ونحوه فضلاً عن هذا المنصب الجليل .

﴿ و ﴾ لا يخفى عليك أنه ﴿ يدخل في ضمن العدالة ﴾ التي قد تقدم البحث فيها في كتاب الصلاة (٣) ﴿ اشترط الأمانة والحفاظة على الواجبات ﴾ ضرورة عدمها في غير الأمين وتارك الواجب ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا يتعقد القضاء لولد الزنا مع تحقق حاله ، كما لا تصح إمامته ولا شهادته في الأشياء الجليلة ﴾ وغيرها ، كما هو واضح بناءً على كفره ، أما على غيره فالعمدة الإجماع المحكي وفحوى ما دل على المنع من إمامته وشهادته إن كان وقلنا به ، مؤيداً بنظر طباع الناس منه ، وإلا فقتضى العمومات دخوله .

نعم لا ريب في اعتبار العلم ، قال الباقر (عليه السلام) (٤) : « من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه » وقال الصادق (عليه السلام) (٥) : « أنهلك عن خصلتين فيها هلاك الرجال : أنهلك أن تدين الله بالباطل ،

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي

(٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب عقد البيع من كتب لتجارة والباب - ٨٨ -

من كتب الوصايا .

(٣) راجع ج ١٣ ص ٢٧٠ و ٢٠٤ .

(٤) و (٥) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ١ - ٢ .

وتفقي الناس بما لا تعلم ، ونحوه غيره (١) وفي الخبر (٢) « القضاء ثلاثة : واحد : الجنة وإثنان في النار ، فالذي في الجنة رجل عرف الحق ف قضى به ، والَّذان في النار رجل عرف الحق فجار في الحكم ، ورجل قضى للناس على جهل » .

وأما الذكورة فلما سمعت من الإجماع والنبوي (٣) « لا يفلح قوم وليتهم امرأة » وفي آخر (٤) « لا تتولى المرأة القضاء » وفي وصية النبي (صلى الله عليه وآله) لعلي (عليه السلام) المروية في الفقيه بإسناده عن حماد (٥) « يا علي ليس على المرأة جمعة - إلى أن قال - : ولا تولى القضاء » مؤيداً بتقصها عن هذا المنصب ، وأنها لا يليق لها مجالسة الرجال ورفع الصوت بينهم ، ويأن المناق من نصوص النصب في الغيبة (٦) غيرها ، بل في بعضها (٧) التصريح بالرجل ، لا أقل من الشك والأصل عدم الاذن .

ومن ذلك يعلم الوجه في كثير من الشرائط ، ضرورة كونهم أعلم بمن يجوز نصبه مع الحضور ، وفي زمن الغيبة المدار على ما وصل إلينا عنهم (عليهم السلام) من عبارة النصب (٨) ومع فرض الشك

(١) الوسائل الباب - ٤ - من ابواب صفات القاضي .

(٢) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١١٦ .

(٣) سنن البيهقي ج ١٠ ص ١١٨ وفيه « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » .

(٤) البحار ج ٣ ص ٢٥٤ من أبي جعفر (عليه السلام) « ... لا تولى المرأة القضاء ... »

(٥) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ١

(٦) و (٨) الوسائل الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث « والباب - ١١ -

منها الحديث ١ و ٩ و ٦ .

(٧) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي الحديث ٦ .

فلا ريب في أن الأصل عدم .

وكذا لا ينعقد لغير العالم المستقل بأهلية الفتوى ، ولا يكفيه فتوى العلماء بلا خلاف أجده فيه ، بل في المسالك (و) غيرها الإجماع عليه من غير فرق بين حالتي الاختيار والاضطرار، بل لا بد أنه يكون عالماً بجميع ما عليه (و) أي مجتهداً مطلقاً كما في المسالك ، فلا يكفي اجتهداه في بعض الأحكام دون بعض . على القول بتجزئ الاجتهاد .

قلت قد يقال : إن الاستفادة من الكتاب والسنة صحة الحكم بالحق والعدل والقسط من كل مؤمن ، قال الله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (١) . « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ، ولا يجر منكم شئنان قوم على أن لا تعدلوا » (٢) .

« يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ، إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بها ، فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا ، وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً » (٣) .

ومفهوم قوله تعالى (٤) : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » وفي أخرى (٥) « هم الكافرون » إلى غير ذلك من الآيات الكريمة .

وقال الصادق (عليه السلام) (٦) : « القضاء أربعة ، ثلاثة في

(١) و (٣) سورة النساء : ٤ الآية ٥٨ - ١٣٥ .

(٢) و (٤) و (٥) سورة المائدة : ٥ - الآية ٨ - ٤٧ - ٤٤ .

(٦) الوسائل - الباب ٤ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ٦ وفيه « وقال

(عليه السلام) « بدل » وقال علي (عليه السلام) «

النار وواحد في الجنة : رجل قضى بـجور وهو يعلم ، فهو في النار ، ورجل قضى بـجور وهو لا يعلم أنه قضى بـجور ، فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم ، فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة وقال علي (عليه السلام) : الحكم حكمان : حكم الله وحكم الجاهلية ، فمن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهلية .

وقال أبو جعفر (عليه السلام) (١) : « الحكم حكمان : حكم الله وحكم الجاهلية » وقد قال الله عز وجل (٢) : « ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون » وأشهد على زيد بن ثابت لقد حكم في الفرائض بحكم الجاهلية .

إلى غير ذلك من النصوص البالغة بالتعاضد أعلى مراتب القطع الدالة على أن المدار الحكم بالحق الذي هو عند محمد وأهل بيته (صلوات الله عليهم) وأنه لا ريب في اندراج من سمع منهم (عليهم السلام) أحكاماً خاصة مثلاً وحكم فيها بين الناس وإن لم يكن له مرتبة الاجتهاد والتصرف .

قال الصادق (عليه السلام) في خبر أبي خديجة (٣) : « إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور ، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإني قد جعلته قاضياً ، فتجأوا إليه » بناءً على إرادة الأعم من المجتهد منه ، بل لعل ذلك أولى من الأحكام الاجتهادية الظنية

بل قد يقال باندراج من كان عنده أحكامهم بالاجتهاد الصحيح

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٨ .

(٢) سورة المائدة : ٥٠ - الآية ٥٠ .

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٥ .

أو التقليد الصحيح وحكم بها بين الناس كان حكماً بالحق والقسط والعدل.
نعم قد يقال بتوقف صحة ذلك على الاذن منهم (عليهم السلام)
لقول الصادق (عليه السلام) في خبر سليمان بن خالد (١) : « اتقوا
الحكومة ، إنما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين : نبي أو وصي » .
وقوله (عليه السلام) أيضاً في خبر إسماعيل بن عمار (٢) : « قال
أمير المؤمنين (عليه السلام) لشرع : يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه
إلا نبي أو وصي نبي أو شقي » .

وما عساه يشعر به قوله (عليه السلام) في نصب نائب الغيبة (٣) :
« فإني قد جعلته حاكماً » .

وغير ذلك مما يقتضي توقف صحة الحكم وترتب أثره عليه على الاذن
والنصب ، فتقيد تلك الآيات والنصوص بذلك أو تحمل على إرادة الأمر
بالمعروف ونحوه مما ليس فيه قضاء وفصل .

ألهم إلا أن يقال بأن النصوص دالة على الاذن منهم (عليهم السلام)
لشيعتهم المتسكين بحبلهم الحافظين لأحكامهم في الحكم بين الناس بأحكامهم
الواصلة إليهم بقطع أو اجتهاد صحيح أو تقليد كذلك ، فانهم العلماء وشيعتهم
المتعلمون وباقي الناس غثاء .

وفي خبر عبد الله بن طلحة (٤) الوارد في اللص الداخل على المرأة
وقتل ولدها وأخذ ثيابها عن الصادق (عليه السلام) أمر السائل بالقضاء
بينهم بما ذكره الامام ، ولعل غيره أيضاً كذلك .

وإنما شدة الانكار في النصوص على المعرضين عنهم المستغنيين عنهم

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٣ - ٢ .

(٣) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ١ .

(٤) الوسائل - الباب - ٢٣ - من ابواب القصاص في النفس - الحديث ٢ من كتاب القصاص .

بآرائهم وقياسهم واستحسناتهم ونحو ذلك من الباطل الذي لفقوه . قال الحلبي (١) : « قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا ، فقال : ليس هو ذاك ، إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط » .

ولو سلم عدم ما يدل على الاذن فليس في شيء من النصوص ما يدل على عدم جواز الاذن لهم في ذلك ، بل عموم ولايتهم تقتضي ذلك . بل قد يدعى أن الموجودين في زمن النبي (صلى الله عليه وآله) ممن أمر بالترافع إليهم قاصرون عن مرتبة الاجتهاد وإنما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبي (صلى الله عليه وآله) .

فدهوى قصور من علم جملة من الأحكام مشافهة أو بتقليد لمجتهد عن منصب القضاء بما علمه خالية عن الدليل ، بل ظاهر الأدلة خلافها ، بل يمكن دعوى القطع بخلافها ، ونصب خصوص المجتهد في زمان الغيبة بناءً على ظهور النصوص فيه لا يقتضي عدم جواز نصب الغير .

ويمكن بناء ذلك - بل لعله الظاهر - على إرادة النصب العام في كل شيء على وجه يكون له ما للامام (عليه السلام) كما هو مقتضى قوله (عليه السلام) (٢) : « فإني جهلته حاكماً » أي ولياً متصرفاً في القضاء وغيره من الولايات ونحوها .

بل هو مقتضى قول صاحب الزمان روعي له الفداء (٣) : « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا ، فإنهم حجتي عليكم ، وأنا حجة الله ، ضرورة كون المراد منه أنهم حجتي عليكم في جميع ما أنا فيه حجة الله عليكم إلا ما خرج ، وهو لا ينافي الاذن لغيره في الحكم

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٨ .

(٢) و (٣) الوسائل - للباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ١ - ٩ .

بخصوص ما علمه من الأحكام الخاصة ، وليس له هذه الرئاسة العامة أو يكون من قبيل قاضي التحكيم .

وحينئذ فنظهر ثمرة ذلك بناءً على عموم هذه الرئاسة أن للمجتهد نصب مقلده للقضاء بين الناس بفتاواه التي هي حلالهم وحرامهم ، فيكون حكمه حكم مجتهد وحكم مجتهد حكمهم ، وحكمهم حكم الله تعالى شأنه ، والرادّ عليه رادّ على الله تعالى .

ولا يخفى وضوح ذلك لدى كل من سرد نصوص الباب المجموعة في الوسائل وغيرها ، بل كاد يكون من القطعيات ، خصوصاً مع احتمال أن كثيراً من هذه الشرائط للعامة ، كما لا يخفى على من لاحظ كتبهم ورأى إكثارهم من ذكر شرائط لا دليل لها سوى استحسان مستقبح أو قياس باطل أو نحو ذلك .

ومن المعلوم أن المقبول مما ذكره ما يكون موافقاً لنصوصنا دون غيره ، ولعل منه هذا الشرط المذكور المقتضي عدم جواز نصب الامام قاضياً يقضي بالحق وإن لم يكن مجتهداً .

وأما دعوى الإجماع التي قد سمعتها فلم أتخفقها ، بل لعل المحقق عندنا خلافها، خصوصاً بعد أن حكى في التنقيح عن المبسوط في المسألة أقوالاً ثلاثة أولها جواز كونه عامياً ويستفتي العلماء ويقضي بفتاواه ولم يرجح ، ولعل مختاره الأول مع أنه أسوأ حالاً مما ذكرناه ، ضرورة فرضه عامياً حين نصبه ثم يستفتي بعد ذلك ، مع ظهور الأدلة في اعتبار كونه عالماً بما عليه حين التولية ولو بالتقليد بناءً على ما ذكرناه من كون فتاوى المجتهد أحكامهم ، فالقضاء حينئذ بها خصوصاً إذا قلنا إن القضاء في زمن الغيبة من باب الأحكام الشرعية لا النصب القضائي وإن ذلك هو المراد من قوله (عليه السلام) : « جعلته قاضياً وحاكماً » فان الفصل

بها حيثئذ من المقلد كالفصل بها من المجتهد ، إذ الجميع مرجعه إلى القضاء بين الناس بحكم أهل البيت ، والله العالم .
ومن ذلك يظهر لك النظر في جملة مما هو مذكور هنا حتى قول المصنف هنا : ﴿ ويدخل فيه أن يكون ضابطاً ، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه ﴾ ضرورة عدم الدليل بالخصوص ، بل مقتضى ما فيه من مفروض العدالة تجنب ما يحتمل النسيان فيه ، وأنه لا يقضي إلا بما هو ضابط له بكتابة ونحوها ، إذ لا يخفى عليه حاله الذي هو غلبة نسيانه ، بل ربما كان قضاؤه أضبط من قضاء غيره ، نعم لو كان كثير الغلط والاشتباه ولا يعلم به على وجه يرتفع الوثوق بما يزعم أنه مضبوط له أمكن القول حيثئذ بعدم نصبه بناءً على عدم قبول ما ينقله من فتاواه وأخباره . وكذا قوله : ﴿ وهل يشترط علمه بالكتابة ؟ فيه تردد نظرنا إلى اختصاص النبي (صلى الله عليه وآله) بالرئاسة العامة مع خلوه في أول أمره من الكتابة ﴾ .

وأغرب من ذلك قوله : ﴿ والأقرب اشتراط ذلك لما يضطر إليه من الأمور التي لا تيسر لغير النبي (صلى الله عليه وآله) ﴾ المحفوظ بالعصمة عن السهو والغلط وغيرها ﴿ بدون الكتابة ﴾ بل في المسالك نسبتها إلى الشيخ وأكثر الأصحاب ، إذ هو كما ترى لا دليل عليه سوى الاعتبار المزبور الذي لا ينطبق على أصولنا ، بل إطلاق دليل النصب في نائب الغيبة يقتضي عدمه ، على أنه يمكن الاستغناء بوضع كاتب ، بل ﴿ و ﴾ غير الكتابة من طرق الضبط ، بل ربما لا يحتاج إليها . نعم ﴿ لا ينقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط ﴾ لما عرفته سابقاً من النص (١) السابق .

(١) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ .

وكذا قوله : ﴿ وفي انعقاد قضاء الأعمى تردد ﴾ وخلاف ﴿ أظهره ﴾ وأشهره كما في المسالك ﴿ أنه لا ينعقد ، لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم وتعلل ذلك مع العمى إلا فيما يقل ﴾ وعمى شعيب (عليه السلام) على تقدير تسليمه ليس بحجة في شرعنا ولا على القاضي غير النبي لانجبار النبوة بالمصمة ، إذ هو أفضأ كما ترى مخالف لما عرفت ، لمجرد اعتبار لا ينطبق على أصولنا ، ويمكن رفعه بوضع مميز أو بغيره ، إذ طرق التمييز غير منحصرة في البصر ، وربما لا يحتاج إلى ذلك ، كما هو واضح .

﴿ وعلى كل حال فـ ﴾ سهل بشرط الحرية ؟ قال في المبسوط : نعم ﴿ بل في المسالك نسبته إلى الأكثر ، لقصور العبد عن هذا المنصب العظيم واستغراق وقته بحقوق المولى ﴾ والأقرب أنه ليس شرطاً ﴿ لما عرفت ، بل إطلاق دليل نصب نائب الغيبة يقتضي خلافه ، والفرض إذن المولى في ذلك فلا استغراق لوقته .

ولا يخفى عليك بعد ما ذكرنا الحكم في كثير من الشرائط المذكورة في كتب العامة التي لم يذكرها الأصحاب ، كالنطق فلا يصح قضاء الأخرس ، والسمع فلا قضاء للأصم ، وغير ذلك مما ليس في أدلتنا ما يشهد له . نعم ذكر بعض أفاضل المتأخرين أن كل ما شك في اشتراطه في ذلك فأصالة عدم ترتب الأثر ونحوها يقتضيه .

ولكن فيه أنه إن كان المراد اعتباره في نائب الغيبة فلا ريب في انقطاعه باطلاق دليله أو عمومه ، ومع فرض الشك على وجه لا يتناوله الاطلاق المزبور فلا ريب في أن الأصل يقتضي عدم وقوع الاذن له بعد فرض انحصارها في الدليل المفروض .

وإن كان اعتباره في من ينصبه الامام (عليه السلام) حال حضوره

ففيه أولاً أنه أدري في هذا الحال . مضافاً إلى أن مقتضى عموم ولايته وأن الحكومة له - فهو مسلط عليها كتمسك الملاك على أملاكهم - جواز ذلك له ، كما هو واضح .

هذا وقد يظهر من الروضة اعتبار جميع هذه الشرائط في الفتوى أيضاً ، وهو مبني على انحصار دليل قبولها بدليل قبول الحكم ، فيعتبر فيها حيثنشد ما يعتبر فيه .

لكن لا يخفى عليك ما فيها ، ضرورة منع انحصار دليلها في ذلك ، بل هو العقل بعد كون الفتوى الصحيحة مما أنزل الله ومن القسط والعدل والحق وغير ذلك مما وجب على الناس قبوله عقلاً ونقلاً ، فجميع ما دل على الأمر بالمعروف والأخذ بما أنزل الله والقيام بالعدل دال عليه وإن فقد شرط منسبب القضاء بعدم الكتابة مثلاً أو بالعمى أو بالذكرورة أو نحو ذلك مما لا مداخلية لاندراج فتواه فيما عرفت قطعاً ، كما هو واضح بأدنى التفات . ومن هنا كانت شرائط الفتوى غير شرائط القضاء ، كما لا يخفى على من لاحظ كتب أصحابنا في الأصول والفروع .

بل مما ذكرنا يظهر أن قبول الفتوى بعد اندراجها في الحق والعدل والقسط ونحو ذلك لا يحتاج إلى إذن من الإمام (عليه السلام) بل الكتاب (١) والسنة (٢) بل والعقل متطابقة على وجوب الأخذ بها ، وحيثنشد فدليل التقليد غير دليل القضاء .

نعم قد يستفاد من دليل الثاني أن الفتوى بكلي الواقعة المخصوصة من الحق ومما أنزل الله ومن حكمهم ومن العدل والقسط ونحو ذلك ، ضرورة التلازم بين كون الحكم بالمخصوصية كذلك وبين كون الحكم الشرعي

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٥٨ و ١٣٥ وسورة المائدة : ٥ - الآية ٨ .

(٢) الوسائل - الباب ١١ - من أبواب صفات القاضي .

في كلي تلك الخصوصية الذي هو فتوى المجتهد كذلك .
وبذلك ظهر لك أن دليل التقليد حينئذ هو جميع ما في الكتاب (١)
والسنة (٢) من الأمر بأخذ ما أنزل الله تعالى والقيام بالقسط والعدل ونحو
ذلك ، واختلاف المجتهدين بسبب اختلاف الموازين التي قررها صاحب
الشرع لمعرفة الأحكام غير قادح في كون الجميع مما أنزل الله تعالى شأنه
من الحكم ، فان ظنية الطريق لا تنافي قطعية الحكم كما هو مقرّر في محله .
﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ سبنا مسائل : ﴾

﴿ الأولى : ﴾

لا خلاف عندنا بل الاجماع بقسبيه عليه في أنه ﴿ يشترط في ثبوت
الولاية ﴾ للقضاء وتوابعه ﴿ إذن الامام (عليه السلام) أو من فوض
إليه الامام ﴾ ذلك ، لما عرفت من أن منصب الحكومة له .
﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت
ولايته ﴾ عندنا ولم ينفذ حكمه ﴿ نعم ﴾ قد ذكر غير واحد من
الأصحاب ، بل لم يذكر أحد فيه خلافاً ، بل ظاهر بعضهم وصريح آخر
الاجماع عليه أنه ﴿ لو تراضى الخصمان بواحد من الرعية فترافعا إليه
فحكم لزمها حكمه ﴾ وإن كان هناك قاض منصوب ، بل وإن كان إمام ،
بل ﴿ و ﴾ على أنه ﴿ لا يشترط رضاها بعد الحكم ﴾ منه .
لكن في الروضة وغيرها في اشتراط تراضى الخصمين بالحكم بعده
قولان ، بل في بعض القيود أنه للشيخ في بعض أقواله ، بل في التحرير
ولو تراضى خصمان بواحد من الرعية وترافعا إليه فحكم لم يلزمها الحكم

(١) سورة النساء : - الآية ٥٨ و ١٣٥ وسورة المائدة : ٥ - الآية ٨ .

(٢) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي .

بل في بعض قيوده وإن كان فيه شرائط الاجتهاد مع ظهور الامام (عليه السلام) .
وكيف كان فهذه المسألة كما ذكرها الخاصة ذكرها العامة أيضاً ،
قال في الروضة من كتبهم : « الخامسة : هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً
غير القاضي ؟ وهل لحكمه بينها اعتبار ؟ قولان ، أظهرهما عند الجمهور
نعم ، وخالفهم الامام والغزالي ، فرجحا المنع ، وقيل : القولان في الأموال
فقط ، فأما النكاح واللمان والقصاص وحدّ القذف وغيرها فلا يجوز فيها
التحكيم قطعاً ، والمذهب طرد القولين في الجميع ، وبه قطع الأكثرون
ولا يجري في حدود الله على المذهب ، إذ ليس لها طالب معين ، وفي
التنذيب وغيره ما يقتضي ذهاب بعضهم إلى طرد الخلاف فيها ، وليس
بشيء ، وقيل : القولان في التحكيم في حقوق الآدميين مخصوصان بما إذا
لم يكن في البلد قاض فان كان لم يجز ، وقيل : هما إن كان قاض وإلا فيجوز
قطعاً ، والمذهب طردهما في الحالين : فإذا جوّزنا التحكم اشترط في المحكم
صفات القاضي ، ولا يتقدّم حكمه إلا على من رضي بحكمه ، حتى لا يضرب
دية الخطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه ، ولا يكفي رضا القاتل ، وقيل :
يكفي والعاقلة تبع له ، والصحيح الأول ، قال السرخسي : الخلاف مخصوص
بقولنا : تجب الدية على الجاني ثم تحملها العاقلة ، فان قلنا يجب عليها
ابتداءً لم تضرب عليهم إلا برضاهم قطعاً ، وهذا أحسن ، قال السرخسي :
وإنما يشترط رضا المتحاكين إذا لم يكن أحدهما القاضي نفسه ، فان كان
فهل يشترط رضا الآخر ؟ فيه اختلاف نص ، والمذهب أنه لا يشترط ،
وليكن هذا مبنياً على جواز الاستخلاف إن جاز ، فالمرجع إليه نائب
القاضي ، قال : ويشترط على أحد الوجهين كون المتحاكين بحيث يجوز
للمحكم أن يحكم لكل واحد منهما ، فان كان أحدهما ابنه أو أباه لم يجز ،
وليس للمحكم الحبس ، بل غاية الأثبات والحكم ، وقيل : يحبس وهو

شاذ ، وهل يلزم حكمه بنفس الحكم كحكم القاضي أم لا يلزم إلا بتراضيهما بعد الحكم ؟ فيه قولان ، ويقال : وجهان ، أظهرهما الأول ، ومتى رجع أحدهما قبل الحكم امتنع الحكم حتى إذا أقام المدعي شاهدين ، فقال المدعى عليه : عزلتك لم يكن له أن يحكم ، وقال الاصطخري : إن أحس المدعى عليه بالحكم فرجع ففي تمكنه من الرجوع وجهان خرتجهما ، والمذهب الأول . إلى غير ذلك مما ذكروه في كتبهم مما هو مبني على استحسان أو قياس أو مصالح مرسله أو رواية غير ثابتة عندنا عن النبي (صلى الله عليه وآله) (١) من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى . قال في المسالك : « ولو لم يكن لحكمه اعتبار ولزوم لما كان لهذا التهديد معنى ، ولكان التحذير على فعله لا على عدم العدل ، ولأن التهديد على عدم العدل يدل على أن العلة عدم عدله ، ولو لم يكن جائزاً كان التهديد بالأعم أولى » .

وفيه أن الاستدلال حيثئذ بنحو قوله تعالى (٢) : « ومن لم يحكم بما أنزل الله » وغيره مما ورد في الكتاب (٣) والسنة (٤) أولى ، ولذا استدل على مشروعيته بها في كشف اللثام ، وبنصوص (٥) نائب الغيبة ، وبما دل (٦) على الأمر بالمعروف .

(١) ذكره ابن قدامة في المغني ج ١١ ص ٤٨٤ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ٤٤ و ٤٥ و ٤٧ .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٨٥ و ١٠٥ .

(٤) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ٧ و ٨ .

(٥) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ٥ والباب - ١١ -

منها الحديث ١ و ٦ و ٩ .

(٦) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الأمر والنهي من كتاب الأمر بالمعروف .

لكن قد عرفت تقييد تلك العمومات باذن الامام (عليه السلام) لأن الحكومة له ، ودعوى أن المنصب له لا خصوص الحكم في واقعة مخصوصة رضي المتنازعان فيها بحكم من حكماء كما ترى منافٍ لظاهر الدليل المزبور المعتضد بقوله تعالى (١) : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم » وبالأمر (٢) بالرد فيما تنازعوا فيه إلى الله ورسوله وأولي الأمر الذين هم الأئمة صلوات الله وسلامه عليهم ، فانهم أدري باستنباطه من غيرهم .

ونصوص نائب الغيبة منافية لفرض موضوعه الذي هو فقد الاذن له ، كما هو واضح . وأدلة الأمر بالمعروف لا تقتضي الحكومة . وأغرب من ذلك الاستدلال عليه في المسالك بوقوعه في زمن الصحابة ولم ينكر أحد منهم ذلك ، مع أن من المعلوم عندنا انقلاب الأمر بعد موت النبي (صلى الله عليه وآله) حتى صار المنكر المعروف والباطل المألوف . وبذلك ظهر لك أن ما ذكره العامة من مشروعية قاضي التحكيم فضلاً عما ذكروه من الفروع التي سمعتها يشكل انطباقه على أصولنا وإن ذكرها الأصحاب الذين هم أدري منا بكيفية تطبيق ذلك .

نعم في خبر أحمد بن الفضل الكناسي (٣) المروي عن الكشي قال : « قال أبو عبد الله (عليه السلام) : أي شي بلغني عنكم ؟ قلت : ما هو ؟ قال : بلغني أنكم أقعدتم قاضياً بالكناسة ، قال : قلت : نعم جعلت فداك ، رجل يقال له عروة القتاب ، وهو رجل له حظ من عقل نجتمع عنده فتكلم ونسائل ثم يرد ذلك إليكم ، قال : لا بأس »

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٦٥ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٥٩ و ٨٣ .

(٣) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي الحديث ٣١ .

إلا أنه كما ترى ظاهر في إرادة تعرف الحكم في أحاديثهم من القضاء فيه لا فصل الخصومات الظاهر في إنكاره عليهم ، ولو سلم فهو مؤيد لما ذكرناه سابقاً من الاذن سابقاً في الفصل بين الناس بأحكامهم وأنه يكون في الحقيقة فضلاً منهم وإن ناب، الشيعي في ذكره عنهم باجتهاد أو تقليد صحيحين . وعلى كل حال فتجشم الاذن له مما عرفت أو مشروعيته وإن لم يكن باذن خاصة وإنشاء نصب كذلك يقتضى نفوذ حكمه في جميع ما يقع فيه التداعي من المال والنكاح والقصاص والحدود وغيرها كما نسبه في المسالك إلى ظاهر الأصحاب .

لكن في القواعد الاشكال في أهلية الحبس له واستيفاء العقوبة ، والجزم بأنه لا ينفذ حكمه على غير المتراضين حتى لا يضرب دية الخطأ على عاقله الراضي بحكمه .

ووجه الاشكال في الأول في كشف اللثام من عموم أدلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأدلة التحكيم الناهية عن الرد لمن له أهلية القضاء وإفضاء تعطيلها إلى الفساد ، وقول الصادق (عليه السلام) لحفص بن غياث (١) : « إقامة الحدود إلى من إليه الحكم » وهو خيرة السيد والشيخ في التبيان وجماعة ، ومن الاحتياط في الدماء وعصمتها ، واشتراك الحدود بين حق الله وحق الناس ، والتحكيم إنما هو في حق الناس ، وهو قول الشيخ في النهاية والاقتصاد وسائر وجماعة .

قلت : ولا ينبغي عليك ما في الثاني بعد فرض صحة الأول . كما أنه لا ينبغي عليك النظر في جملة من القروع المذكورة ، خصوصاً ما ذكر من اعتبار رضاها به قبل الحكم ما لم يكن أحد المتخاصمين قاضياً وإن كان منصوباً له ، ضرورة كون المفروض رضا بالمرافعة عنده ،

وهو أعم من نصبه الذي لا بد من تقييده مع ذلك بكونه مأذوناً له في
النصب ، وخصوصاً دعوى كون قاضي التحكيم منصوباً من المتحاكين
المعلوم عدم أهليتها لذلك .

بل ﴿ و ﴾ فيما ذكره هنا من أنه ﴿ يشترط فيه ﴾ جميع
﴿ ما يشترط في القاضي المنصوب عن الامام ﴾ (عليه السلام) ﴿ عدا
الاذن ، ضرورة أنه إذا كان المدرك له الاطلاق المزبور ، فليس في شيء
منه إيماء إلى الشرائط المزبورة ، خصوصاً مثل الكتابة والبصر ونحوهما ،
نعم يتجه اعتبار ما كان دليلاً عاماً لمثله من الشرائط كالبلوغ والاسلام ونحوهما .
ولكن هذا الكلام سهل الخطب في المسألة عندنا كما أوماً إليه في المسالك
حيث قال : « واعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضي التحكيم يشترط فيه
ما يشترط في القاضي المنصوب من الشرائط التي من جملتها كونه مجتهداً ،
وعلى هذا فقاضي التحكيم مختص بمجال حضور الامام ﴾ (عليه السلام)
فيفرق بينه وبين غيره من القضاة بكون القاضي منصوباً وهذا غير منصوب
من غير الخصمين ، أما في حال الغيبة فسيأتي أن المجتهد ينقل قضاؤه ،
لمعوم الاذن ، وغيره لا يصح حكمه مطلقاً فلا يتصور حالتها قاضي التحكيم .
ومراده بمجال الغيبة ما يشمل زمان الصادق ﴾ (عليه السلام) أيضاً
لأن نصب مطلق المجتهد كان فيه ، وهو من زمان الحضور ، ولا يتصور
فيه قاضي التحكيم ، نعم يتصور فيما قبله مما لا إذن فيه لمطلق المجتهد ،
كزمن النبي ﴾ (صلى الله عليه وآله) بل لعله خاص فيه أيضاً ، لظهور
دليل نصب المجتهد في جميع زمان الجور الذي نهينا فيه عن المرافعة إلى
قضاةهم (١) من حيث غلبة الجائزين ، فيكون نصب الصادق ﴾ (عليه السلام)
مبنياً على نصب من قبله وأن هذا من قبيل الحكم الشرعي المتفق عليه

(١) الوسائل الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي .

فما بينهم ، وحكم آخرهم كحكم أولهم ، ولو سلم عدم دلالة على ذلك فأقصاها إلحاق هذا الزمان إلى زمن نصب الصادق (عليه السلام) بزمن النبي (صلى الله عليه وآله) ويختص به تصور قاضي التحكيم ، وربما احتتمل تصوره في زمن الغيبة بالمرافعة إلى المفضول مع وجود الأفضل بناءً على اختصاص النصب له دونه ، لكن - مع ما في الاحتمال المزبور من النظر - ستعرف أن التحقيق نصب الجميع .

وبالجملة فقد ظهر لك بالتأمل في جميع ما ذكرناه انحصار دليل مشروعية التحكيم بالاجماع المدعى ، وهو حجة على من لم يتبين خلافه ، أو إطلاق تلك الأدلة الذي إن لم يقيد بما سمعته من اعتبار إذن الامام (عليه السلام) في مطلق الحكومة يفتح منه باب عظيم لا يختص بقاضي التحكيم ، كما أومأنا إليه في أول البحث ، وخصوصاً إذا قلنا إن ذلك من المأذون فيه، ولولا دعوى الاجماع لأمكن القطع باستفادة نفوذ الحكم بالعدل الذي هو حكم الامام (عليه السلام) من جميع شيعته .

قال أبو بصير (١) : « قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : قول الله تعالى في كتابه : « ولا تأكلوا » (٢) إلى آخرها فقال : يا أبا بصير إن الله قد علم أن في الأمة حكّاماً يجورون ، أما إنه لم يمن حكّام أهل العدل ، ولكنه غنى حكّام أهل الجور ، يا أبا محمد إنه لو كان لك على رجل حق فدعوته إلى حكّام أهل العدل فأبى عليك إلا أن يرافعك إلى حكّام أهل الجور ليقضوا له لكان ممن حاكم إلى الطاغوت ، وهو قول الله عز وجل : « ألم تر إلى الدين » (٣) إلى آخرها » .

(١) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ٣ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٨٨ .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٦٠ .

وقال (عليه السلام) أيضاً في خبره الآخر (١) : « أي رجل كان بينه وبين أخ له ممارسة في حق فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه . به فأبى إلا أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزلة الذين قال الله تعالى : **م تر إلى الذين** » (٢) إلى آخرها .

وفي الآخر (٣) « قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا ، فقال : ليس هو ذاك ، إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسطوط . إلى غير ذلك من النصوص الظاهرة والصريحة في الإذن بالحكم بالحق والعدل ، وهو الذي عندهم ، وشيعتهم أجمع نواب عنهم في ذلك ، لأن المدار على الحكم بين الناس بحكمهم .

وعن أمير المؤمنين (عليه السلام) (٤) في وصيته لكييل بن زياد « يا كييل لا غزو إلا مع إمام عادل ، ولا نقل إلا من إمام فاضل ، يا كييل هي نبوة ورسالة وإمامة ، ليس بعد ذلك إلا موالين متبعين أو مناوئين مبتلحين ، إنما يتقبل الله من المتقين .

وقال الصادق (عليه السلام) في خبر جميل (٥) : « يغدوا الناس على ثلاثة أصناف : عالم ومتعلم وغثاء ، فنحن العلماء ، وشيعتنا المتعلمون ، وسائر الناس غثاء .

وقال الباقر (عليه السلام) في خبر محمد بن مسلم (٦) : « ليس عند أحد من الناس حق ولا صواب ولا أحد من الناس يقضي بقضاء

(١) و (٣) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ٢ - ٨ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٦٠ .

(٤) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ٣٥ .

(٥) و (٦) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١٨ - ٢٠ .

حق إلا ما خرج من عندنا أهل البيت « الخبر .
وفي الدعائم عن علي (عليه السلام) (١) « كل حاكم يحكم بغير
قولنا أهل البيت فهو طاغوت ، وقرأ « يريدون » إلى آخرها (٢) ثم
قال : والله فعلوا وتحاكموا إلى الطاغوت وأضلهم الشيطان ضلالاً بعيداً ،
فلم ينج من هذه الأمة إلا نحن وشيعتنا ، وقد هلك غيرهم ، فمن لم يعرف
حقهم فعليه لعنة الله « فلاحظ وتأمل جيداً .
هذا ﴿ و ﴾ قد بان لك الحال في أنه بناء على المشروعية ﴿ يعم
الجواز كل الأحكام ﴾ والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ سمع عدم ﴾ حضور الإمام عليه السلام ﴿
كما في هذا الزمان ﴾ ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت الجامع للصفات
المشترطة في الفتوى ﴿ المذكورة في كتب الاصول وبعض كتب الفروع
بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ﴾ لقول أبي عبد الله
(عليه السلام) ﴿ في خبر أبي خديجة (٣) : « إياكم أن يحاكم بعضكم
بعضاً إلى أهل الجور ، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضائنا
﴿ فاجعلوه بينكم قاضياً ، فاني جعلته قاضياً ، فتحاكموا إليه ﴾ » .
وخبره الآخر (٤) قال : « بعثني أبو عبد الله (عليه السلام) إلى
أصحابنا فقال : قل لهم : إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تراءى بينكم
في شيء من الأخذ والعطاء أن تتحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق ،
اجعلوا بينكم رجلاً ممن قد عرف حلالنا وحرامنا ، فاني قد جعلته قاضياً ،

(١) المستدرك - الباب - ٤ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٧ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٦٠ .

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٥ .

(٤) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٦ .

وإياكم أن تتحاكم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر » .
 ومقبول ابن حنظلة (١) « سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجلين من أصحابنا يكون بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة أيحل ذلك ؟ فقال : من تحاكم إلى الطاغوت فحكم له فانما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً ، لأنه أخذ بحكم الطاغوت ، وقد أمر الله أن يكفر به ، قلت : كيف يصنعان ؟ قال : انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فارضوا به حاكماً ، فإني قد جعلته عليكم حاكماً ، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فانما يحكم الله استخف وعلينا رد ، والراد علينا الراد على الله ، وهو على حدّ الشرك بالله ، قال : فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين في حقها ، واختلفا فيما حكما ، وكلاهما اختلفا في حديثكم ، فقال : الحكم ما حكم به أعدلها وأفقهها وأصدقهما في الحديث وأورعهما ، ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر ، قال : فقلت : فانها عدلان مرضيان عند أصحابنا لا يفضل واحد منهما على صاحبه ، قال : فقال : ينظر إلى ما كان من روايتهم عنا في ذلك الذي حكما به المجمع عليه عند أصحابك ، فيؤخذ به من حكما ، ويترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك ، فإن المجمع عليه لا ريب فيه ، وإنما الأمور ثلاثة : أمر بين رشده فيتبع ، وأمر بين غيّه فيجتنب ، وأمر مشكل يردّ حكمه إلى الله وإلى الرسول ، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : حلال بين

(١) ذكر صدره في الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ وبعده

وذيله في الباب - ٩ - منها - الحديث ١ وقطعة منه في الباب - ١٢ - منها - الحديث ٩

مع الاختلاف في بعض قطع الحديث . راجع الكافي ج ١ ص ٦٧ وج ٧ ص ٤١٢ والتعليق

ج ٦ ص ٢١٨ و ٢٠١ .

وحرام بين وشبهات بين ذلك ، فمن ترك الشبهات نجما من المحرمات ، ومن أخذ بالشبهات ارتكب المحرمات ، وهلك من حيث لا يعلم ، قال : قلت : فان كان الخبران عنكم مشهورين قد رواهما الثقات عنكم ، قال : ينظر فما وافق حكمه حكم الكتاب والسنة وخالف العامة اخذ به ، قال : قلت : جعلت فداك فان وجدنا أحد الخبرين موافقا للعامة والآخر مخالفا لها بأي الخبرين يؤخذ ؟ قال : بما يخالف العامة ، فان فيه الرشاد ، قلت : جعلت فداك فان وافقها الخبران جميعا ، قال : ينظر إلى ما حکامهم إليه أميل وقضائهم فيترك ويؤخذ بالآخر ، فقلت : فان وافق حکامهم وقضائهم الخبران جميعا ، قال : إذا كان كذلك فارجه حتى تلقى إمامك ، فان الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام في الهلكات .

وقد سمعت المروي عن صاحب الزمان روي له الفداء (١) .

ونخبر داود بن الحصين (٢) « في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في الحكم وقع بينهما فيه اختلاف فرضيا بالعدلين ، واختلف العدلان بينهما ، عن قول أيها يَمْضِي الحكم ؟ فقال : ينظر إلى أفتقهما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه ، ولا يلتفت إلى الآخر » .

ونخبر النعماني (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : « سئل عن رجل يكون بينه وبين أخ له منازعة في حق يتفقان على رجلين يكونان بينهما فحكمما فاختلفا فيما حكما ، قال : وكيف يختلفان ؟ قلت : حكم كل واحد منهما للذي اختاره الخصمان ، فقال : ينظر إلى أعدلهما وأفتقهما في دين الله فيمضي حكمه » .

فهو حينئذ مأذون منهم ومنصوب من قبلهم في الحكم بين الناس

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٩ .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٩ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٢٠ - ٤٥ .

بحكمهم ، لا أن هذا الشرط ساقط في زمن الغيبة ، كما توهمه عبارة المسالك ، بل ظاهر خبر أبي خديجة الاكتفاء بتجزئ الاجتهاد في الحكومة ، لصدق معرفة شيء من قضائهم .

والمناقشة بعدم المعرفة لشيء مطلقاً إلا للمجتهد المطلق يدفعها الوجدان الصحيح ، للتجزئ في الملكة والفعل على وجه يساوي معرفة المجتهد المطلق ؛ بل قد يزيد عليها .

واحتمال إرادة الملكة العامة من الشيء - لأن غير الامام وإن كان مجتهداً مطلقاً ليس عنده إلا شيء من الأحكام ، إذ معرفتها أجمع مختصة بالامام - منافٍ لظاهر الخبر (١) الذي لا معارضة بينه وبين المقبولة (٢) بناءً على ظهورها في المجتهد المطلق ، لعموم الجمع المضاف فيها ، لأن أقصى الخبرين الاذن لكل منها في ذلك .

هذا مضافاً إلى ما سمعته من تلك المطلقات التي لا إشعار في شيء منها باعتبار الاجتهاد فضلاً عن كونه مطلقاً .

ومن ذلك يعلم حينئذ أن فتوى المتجزئ حجة له ولغيره ، ضرورة اقتضاء نفوذ حكمه الخاص صحة فتواه الكلية التي بني عليها الحكم الخاص ، وأنها مندرجة في القسط والعدل والحق وفيما أنزل الله ، وأنها من حكمهم . نعم لو كان دليل التجزئ الرجحان العقلي لظنه الاجتهادي على تقليده اتجه اختصاص ذلك به دون غيره ، لكن قد عرفت أن السمع واف بالدلالة عليه على الوجه المزبور ، بل صدق معرفة الحكم الشرعي بطريقة المقررة عنهم (عليهم السلام) لا تحتاج إلى دليل ، ضرورة كونها كمعرفة غيره من العلوم ، وبها يكون معلومه من أحكامهم (عليهم السلام) ومن

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٥ .

(٢) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي الحديث ١ .

العدل والنسب والحق : كما هو واضح بأدنى تأمل ونظر .
 ﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ سلو عدل إلى قضاة الجور والحال
 هذه كان مخطئاً ﴾ أثماً قطعاً ، لما سمعته من النصوص المعبرة (١) نعم
 لو توقف حصول حقه عليه ولو لامتناع خصمه عن المرافعة إلا إليهم جاز ،
 كما يجوز الاستعانة بالظالم على تحصيل حقه المتوقف على ذلك ، والاثم
 حينئذ على الممتنع ، كما هو ظاهر بما سمعته من النصوص (٢) الظاهرة
 في اختصاصه بالاثم .

وأشكله في الكفاية بأن حكم الجائر بينها فعل محرم والرافع إليه
 يقتضي ذلك ، فيكون إعانة على الاثم ، وهي منهي عنها (٣) . .
 ويدفعه منع كونه إعانة أولاً ومنع حرمتها ثانياً ، خصوصاً بعد
 ظهور النصوص فيما ذكرنا ، وخصوصاً إذا كان الخصم منهم ، فإنه لا ينبغي
 التوقف في جواز أخذ الحق منه بحكم قضائهم .
 بل لعله المراد من خبر علي بن محمد (٤) قال : « سأله هل نأخذ
 في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم ؟ فكتب يجوز لك ذلك
 إنشاء الله إذا كان مذهبكم فيه التقية والمداراة لهم » بناءً على ما في الوافي
 من أن « المراد هل يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضائهم كما يأخذون
 منا بحكم قضائهم ، يعني إذا اضطر إليه . كما إذا قدمه الخصم إليهم » .
 ويمكن كون المراد أخذ نحو الشفعة بالجوار والعصبة منهم كما يأخذون
 منا ، أو غير ذلك مما لا يندرج فيه الأخذ بغير حق منهم ، فإنه غير
 جائز ، كما صرح به في خبر البغل (٥) المتقدم في الغصب .

(١) و (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضي .

(٣) سورة المائدة : ٥ - الآية ٢ .

(٤) التهذيب ج ٦ ص ٢٢٤ - الرقم ٥٣٥ والوسائل - الباب - ١١ - من أبواب آداب

القاضي - الحديث ١ .

(٥) الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب الاجارة - الحديث ١ .

وفي خبر ابن فضال (١) قال : « قرأت في كتاب أبي الأسد إلى أبي الحسن الثاني (عليه السلام) وقرأته بخطه سأله ما تفسير قوله تعالى (٢) : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام » فكتب إليه بخطه : الحكام : القضاة ، قال : ثم كتب تحته : هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضي ، فهو غير معذور في أخذ ذلك الذي حكم به إذا كان قد علم أنه ظالم » بل ربما كان ذلك مقطوعاً به ، فليس المراد حينئذ إلا ما ذكرناه أولاً من الوجهين .

وقال علي بن الحسين (عليهما السلام) في خبر عطاء بن السائب (٣) : « إذا كنتم في أئمة الجور فامضوا في أحكامهم ، ولا تشهروا أنفسكم فتقتلوا ، وإن تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم » .

وقد يستفاد من هذا الخبر - مضافاً إلى كون التقية ديناً - صحة المعاملة بأحكامهم تقية على نحو الصحة في العبادة وإن اختلفا بقاعدة الاجزاء في الثانية دون الأولى ، لكن هذا الخبر - مع كون التقية ديناً - يقتضي الأعم إلا أنه لم يحضرنى الآن كلام للأصحاب بالخصوص ، نعم في رسالة منسوبة للكركي الحكم بالبطلان في العبادة والمعاملة إلا ما نص فيه على الصحة كالوضوء ونحوه ، ولا ريب في فساد في العبادة ، أما المعاملة فمحل نظر . هذا وفي الكفاية أيضاً أنه يستفاد من الخبرين عدم جواز أخذ شيء بحكمهم وإن كان له حقاً ، وهو في الدين ظاهر ، وفي العين لا يخلو من إشكال ، لكن مقتضى الخبرين التعميم ، وكأن فرقه بين الدين والعين باحتياج الأول إلى تراض في التشخيص ، والفرض جبر المديون بحكمهم ، بخلاف العين . وفيه أن الجبر وإن كان إثماً فيه لكن لا ينافي تشخص الدين بعد

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٩ - ٧ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٨٨ .

فرض كونه حقاً ، على أن في صدر أحد الخبرين المنازعة في دين أو ميراث ، فلا بد من حمل الخبرين على الأعم من ذلك ، لكن على معنى أن أصل ثبوت الاستحقاق للدين أو العين قد كان بحكمهم الباطل ، لأنهما ثابتان بالحكم الحق وأخذهما قد كانا بحكم الطاغوت ، مسح احتمال التزام الحرمة فيها أيضاً في ذلك ، لكن على معنى حرمة التصرف وإن كانا مملوكين ، فيكونان بحكم السحت في الاثم ولو باعتبار المقدمة ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿ تولي القضاء ﴾ ممن له القضاء كالنبي والامام ﴿ مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه ﴾ لعظم الفوائد المترتبة عليه المعلوم رجحانها عقلاً ونقلاً ، ولذا تولاه النبي (صلى الله عليه وآله) وغيره من الأنبياء وفي وصية أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح (١) : « وإياك والتضجر والتأذي في مجلس القضاء الذي أوجب فيه الأجر وأحسن فيه الذخر لمن قضى بالحق » . الحديث . ونحوه غيره (٢)

لكن خطره عظيم ، ففي الخبر « من جعل قاضياً فقد ذبح بغير مسكين ، قيل : وما الذبح ؟ قال : نار جهنم » (٣) وأنه « يجاء بالقاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره قط » (٤) . و « أن النواويس (٥) شكت إلى الله تعالى شدة حرها ،

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ١ - وغيره - من ابواب آداب القاضي .

(٣) المستدرک - الباب - ٣ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٤ .

(٤) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ٩٦ وفيه « في ترة قط » .

(٥) هي موضع في جهنم أو مقابر النصارى .

فقال لها : اسكني إن موضع القضاة أشد حرّاً منك » (١) وغير ذلك - خصوصاً ما رواه الثّمالى (٢) عن الباقر (عليه السلام) في قاض من بني اسرائيل عوقب لموضع هواه قد كان مع من كان الحق له - مما صار سبباً لامتناع جماعة من أكابر التابعين وغيرهم عنه ، ولكنه محمول على أولوية تركه لمن لم يثق من نفسه بالقيام بشرائطه ، كما أنه يحرم على من علم بفقده لها .

﴿ وربما وجب ﴾ تولي القضاء مقدمة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وللقيام منه بالقسط ﴿ و ﴾ لكن يكون ﴿ وجوبه ﴾ حينئذ ﴿ على الكفاية ﴾ لعموم الخطابات المعلوم إرادة حصوله من مجموعهم لا من مباشر بعينه ولو جميعهم . نعم قد يتعين فرد للانحصار أو لمصلحة اقتضت تعيين الامام (عليه السلام) له أو غير ذلك مما لا ينافي كون وجوبه الذي هو مفاد الخطابات الشرعية كفاثياً ، كما هو واضح .

ولا ينافي ذلك توقف صحته على إذن الامام (عليه السلام) نحو ما تقدم في نحو غسل الميت الذي هو كفاثي ، وصحته موقوفة على إذن الولي . هذا ولكن في المسالك « أن حكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الامام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله ، أو على فعله لأهله في حال الغيبة حيث لا يتوقف على إذن خاص » .

وفي الأخير أنه واجب وإن زاد أهله على قدر الكفاية وسقط بفعله عن الباقيين ، وأما الأول فهو مخالف لما ذكره في الصورة السادسة . وكأنه أشار به إلى ما في الدروس « ولو لم يوجد سوى واحد تعين ، ولو وجد غيره ففي استحباب تعرضه للولاية نظر ، من حيث الخطر

(١) المشترك - الباب - ٦ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ٤ .

(٢) الوسائل - الباب - ٩ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ١ .

وعظم الثواب إذا سلم ، والأقرب ثبوته لمن يثق من نفسه بالقيام به .
وفي الروضة « ولو لم يعلم الامام لزمه الطلب ، وفي استحبابه مع
التعدد عيناً قولان : أجودهما ذلك مع الوثوق » .

وتبعه في كشف اللثام ، قال : « ويستحب التولية على الأعيان إلا
من وجبت عليه عيناً ، لأنه أمر مرغوب عقلاً وشرعاً » .
وأوضح ذلك في الرياض ، فقال : « واستحبابه - أي قبوله -
عيني ، فلا ينافي ما قدمناه من أنه واجب كفاً » .

وفيه أن الثاني بينهما ظاهر ، ضرورة تبعية القبول والتعرض ونحوهما
مما هو مقدمة لفعل القضاء ، فمع فرض كون وجوبه كفاً تكون مقدمته كذلك .
نعم قد يقال : إنه لو فرض تلبس من تقوم به الكفاية من الناس
بها أمكن القول بسقوطها حيثئذ عن الباقي ، ولا يكفي في السقوط نفس
وجود الغير من دون تلبس ، كما في غير المقام من الكفاية ، وحيثئذ يمكن
الكلام في الدليل على الاستحباب ، إذ لا دليل على رجحان تحصيل منصب
القضاء لنفسه ، وإنما رجحانه إن كان فهو ليس إلا مقدمة للقضاء المفروض
كونه واجباً كفاً ولم يبق به أحد ، فإن التلبس بمنصبه والاستعداد له
لا يقتضى فعله المتوقف عليه السقوط عن الباقي . ومن هنا لو وقع ممن
تأخر عن الأولين في التلبس بمنصبه كان أداء واجب .

بل قد يقال لذلك : إن الواجب الكفاية لا يسقط وجوب مقدمته
بالتلبس بها عن الباقي ، بل هي باقية على الوجوب ، وإن زاد من تلبس
بها على قدر الكفاية ، ضرورة بقاء الخطاب بليها ، لعدم الدليل على
سقوطه بالتلبس بمقدماته ، بل ظاهر الأدلة خلافه .

ومن ذلك ظهر لك أنه لا مناص عن القول باختصاص منصب
القضاء من حيث إنه كذلك بالامام (عليه السلام) وخطاب وجوبه

متوجه إليه خاصة ، وأما غيره فيستحب له توليه منه لما فيه من الفوائد .
وربما يجب ذلك إذا كان مقدمة للأمر بالمعروف الذي هو واجب كفائي ،
لا من حيث كونه قضاءً الذي قد عرفت اختصاص خطاب وجوبه
بالامام (عليه السلام) نعم قد يجب كفايةً أو عيناً أيضاً من حيث أمر
الامام (عليه السلام) به .

وبذلك حيثئذ يظهر الوجه في الاستحباب المزبور مع قولهم بوجوب
القضاء كفايةً ، فتأمل جيداً فإنه دقيق جداً ، ضرورة تعدد موضوع الاستحباب
والوجوب ، بل ظاهر المتن أنه مستحب ذاتي وربما عرض له الوجوب ،
وحيثئذ يكون كفايياً ، ولعل مراده ما ذكرناه ، والله العالم .

﴿ وإذا علم الامام (عليه السلام) أن بلداً خال من قاض ﴾
مع الحاجة إليه ﴿ لزمه ﴾ نصب قاض فيه بـ ﴿ أن يبعث له ﴾
أو يأمر أحداً قابلاً له من أهله به ، لأنه من السياسة اللازمة له ﴿ ويأثم
أهل البلد بالاتفاق على منعه ﴾ لما فيه من مخالفة الامام (عليه السلام)
﴿ و ﴾ منع قيام كلمة الحق واختلال النظام ، بل ﴿ يحل قتالهم طلباً
للإجابة ﴾ كما في كل مخالف للامام (عليه السلام) في سياسة الرعية .
﴿ ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع ﴾ عن قبول القضاء ﴿ لم
يجبر مع وجود مثله ﴾ لعدم توقف السياسة حيثئذ عليه ، ولو امتنعوا
أجمع فسقوا وخرجوا عن قابلية منصب القضاء وإن كان لا يسقط الوجوب
عنهم بذلك ، للقدره على التوبة .

﴿ ولو ألزم الامام (عليه السلام) أحدهم ﴾ قال في الخلاف :
لم يكن له الامتناع ، لأن ما يلزم به الامام واجب و ﴿ رده المصنف
بأننا ﴾ نحن نمنع الالتزام ﴿ به مع عدم تعيينه ﴾ إذ الامام (عليه السلام)
لا يلزم بما ليس لازماً .

وفيه كما في المسالك وغيرها أنه قد يلزم به لمصلحة من المصالح ،
ويدفع بانحصار الأمر فيه حينئذ مع عدم حصولها في غيره .
اللهم إلا أن يقال : إنها تكفي في أمر الامام (عليه السلام)
بخصوصه له لا من حيث اقتضاها الوجوب عليه ، بل له إلزامه به اقتراحاً
بناءً على ما عرفت من أن القضاء لا خطاب به لأحد غير الامام (عليه
السلام) وأن وجوبه على غيره إنما هو من جهة أمره الذي قد يكون
تعييناً وقد يكون كفاً نحو أمر السادة للعبيد بعد أن كان أمر السيادة
الدينية إليه والأمر بطاعته .

أما إذا لم يكن من هذه الحثية ونحوها فالظاهر كما ذكر المصنف أنه
لا يلزم بما ليس لازماً عند الله في أفراد الواجب المخير والموسع
والكفاً إذ أمره أمر الله تعالى شأنه ، وفي الدعائم (١) عن جعفر بن
محمد (عليه السلام) أنه قال : « ولاية أهل العدل الذين أمر الله بولايتهم
وتوليتهم وقبولها والعمل لهم فرض من الله وطاعتهم واجبة ، ولا يحل
لمن أمره بالعمل لهم أن يتخلف عن أمرهم » إلى آخره ، هذا كله مع
وجود غيره .

﴿ أما لو لم يوجد غيره تعين هو ﴾ للانحصار ﴿ و ﴾ حينئذ
فاذا أمره الامام (عليه السلام) ﴿ لزمه الاجابة ﴾ ليس له الامتناع ،
فان امتنع فسق وخرج عن أهلية القضاء لذلك وإن كان لا يسقط الوجوب
عنه لقدرته على تحصيل الشرط بالتوبة .

بل ﴿ لو لم يعلم به الامام (عليه السلام) ﴾ وجب أن يعرف نفسه
لأن ﴿ فعل ﴾ القضاء من باب الأمر بالمعروف ﴿ غالباً ﴾ فيجب تحصيل
مقدمته ، ولا ينافي ذلك ما قدمناه من كون منصب القضاء للامام (ع)

ولو تعدد القابلون له ولم يعلم بهم الامام فأعلمه أحدهم على وجه قام به سقط عن الباقيين ، بل في استحبابه لهم إشكال .

بل في استحباب الابتداء بذلك تعرضاً للولاية عند الحاجة ذلك أيضاً ، بل عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال لعبد الرحمن بن بكرة (١) : « لا تسأل الامارة ، فانك إن اعطيتها عن مسألة وكلت إليها ، وإن اعطيتها عن غير مسألة اعنت عليها » .

نعم لا يبعد رجحان طلب ذلك إذا وثق من نفسه وكان قصده إقامة كلمة الحق ، كما عرفته سابقاً ولو يبذل مال لجائر أو عادل لبيت المال إن قلنا بجوازه على ابتداء التولية أو استدامتها ، بل ربما وجب ، إذ احتمال أنه رشوة أو كالرشوة لا وجه له ، وإن حكي عن بعض ذلك . لكن لا يخفى عليك ما فيه ، خصوصاً بعد الاحاطة بما تقدم في مكاسب الكتاب (٢) بل لا بأس ببذل المال على عزل من هو ليس أهلاً للقضاء . ومما ذكرنا ظهر لك الحال في جميع صور المقام وإن أطنب بها في المسالك حتى قول المصنف : ﴿ وهل يجوز أن يبذل مالاً لبيئي القضاء ؟ قيل : لا لأنه كالرشوة ﴾ والله العالم .

المسألة الثالثة : ﴿

﴿ إذا وجد إثنان متفاوتان في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة ﴾ في القاضي ﴿ فيها فإن قلد ﴾ الامام ﴿ الأفضل ﴾ منصب القضاء ﴿ جاز ﴾ قطعاً وإن كان المفضل أروع ، لأن ما عند الأفضل من العدالة يكفي في منعه من التهجم على المحارم ويبقى فضله خالياً عن المعارض ،

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ١٠٠ عن عبد الرحمن بن سبرة .

(٢) راجع ج ٢٢ ص ١٤٥ - ١٤٩ .

نعم مع تساويهما في العلم يقدم الأعدل ، لكونه أرجح حينئذ ، فيكون الحاصل حينئذ ترجيح أعلم الورعين وأورع العالمين ، لقاعدة قبح ترجيح المرجوح على الراجح .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ هل يجوز العدول إلى المفضول ﴾ مع وجود الأفضل ؟ ﴿ فيه تردد ﴾ من الاشتراك في الأهلية ، ولما هو المعلوم من إفتاء الصحابة مع اختلافهم في الفضيلة وعدم التكبر عليهم ، فيكون ذلك إجماعاً منهم ، ولما في تكليف العامي بذلك من العسر والحرج ، لعدم تأهله لمعرفة الأفضل من غيره .

ومن أن الظن بقول الأعمق أقوى فيجب اتباعه ، إذ أقوال المفتين بالنسبة إلى المقلد كالأدلة بالنسبة إلى المجتهد في وجوب اتباع الراجح ، ولخبر عمر بن حنظلة (١) وغيره المتقدمة سابقاً المنعبر اسنادها بالتعاضد وتلقي الأصحاب لها بالقبول .

وفعل الصحابة بعد إعراضهم عن الامام (عليه السلام) ليس حجة عندنا . وتعرف الأفضل ممكن بشهادة أهل الخبرة كتعرف أصل الأهلية . ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك كله فـ ﴿ سألوجه ﴾ عند المصنف ﴿ الجواز ، لأن خالله ﴾ إن كان ﴿ ينجر بنظر الامام (عليه السلام) ﴾ الذي نصبه . وفيه أنه إنما يتم مع قربته منه وإطلاعه على أحكامه لا مع بعده عنه على وجه لا يعلم شيئاً من وقائعه ، وفرض المسألة أعم من الأول ، على أن أصل فرضها فيما ذكر خالٍ عن الثمرة ، ضرورة كونه أعلم بما يفعل مع حضوره .

إنما الكلام في نواب الغيبة بالنسبة إلى المرافعة إلى المفضول منهم وتقليده مع العلم بالخلاف وعدمه ، والظاهر الجواز ، لا طلاق أدلة

النصب المقتضى حجية الجميع على جميع الناس ، وللسيرة المستمرة في الافتاء والاستفتاء منهم مع تفاوتهم في الفضيلة .

ودعوى الرجحان بظن الأفضل يدفعها - مع إمكان منعها في كثير من الأفراد المنجبر نظر المفضول فيها في زمانه بالموافقة للأفضل في الأزمنة السابقة وبغيرها - أنه لا دليل عقلاً ونقلاً في وجوب العمل بهذا الرجحان في خصوص المسألة ، إذ لعل الرجحان في أصل شرعية الرجوع إلى المفضول وإن كان الظن في خصوص المسألة بفتوى الفاضل أقوى نحو شهادة العدلين . ومع فرض عدم المانع عقلاً فإطلاق أدلة النصب بحاله ، ونفوذ حكمه في خصوص الواقعة يستلزم حجية ظنه في كليها ، وأنه من الحق والقسط والعدل وما أنزل الله ، فيجوز الرجوع إليه تقليداً أيضاً ، والنصوص (١) السابقة إنما هي في المتنازعين في حق وقد حكما في أمرهما رجلين دفعةً فحكم كل واحد منهما لكل واحد منها ، ولا وجه للتخير هنا ، كما في أصل المرافعة والتقليد ، ضرورة تحقق فصل الدعوى بقول أحدهما ، لانفاق النصوص (٢) على ذلك ، وأنه لا يبطل حكم كل منهما بحكم الآخر ، فليس حينئذ إلا الترجيح للحكم في كلي الواقعة بالمرجحات التي ذكرها الامام (عليه السلام) وقال : إنه مع فرض فقدانها أجمع يقف حتى يلقي الامام ، وهذا غير أصل التخير في الترافع والتقليد المستفاد من إطلاق أدلة النصب المعتضد بالعمل في جميع الأعصار والأمصار .

بل لعل أصل تأهل المفضول وكونه منصوباً يجري على قبضه وولايته مجرى قبض الأفضل من القطعيات التي لا ينبغي الوسوسة فيها ، خصوصاً بعد ملاحظة نصوص (٣) النصب الظاهرة في نصب الجميع الموصوفين

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي .

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث . والباب - ١١ - منها

الحديث ١ و ٦ .

بالوصف المزبور لا الأفضل منهم وإلا لوجب القول « أنظروا إلى الأفضل منكم » لا « رجل منكم » كما هو واضح بأدنى تأمل ، وخصوصاً بعد إطلاق ما حكوه من الإجماع على قاضي التحكيم ، بل لعل التأمل في نحو المقولة (١) من النصوص يقضي بجواز المرافعة إلى المفضول قبل تحقق الخلاف فيه .

ومن ذلك يعلم أن نصوص الترجيح (٢) أجنبية عما نحن فيه من المرافعة ابتداءً أو التقليد كذلك مع العلم بالخلاف وعدمه . ومن الغريب اعتماد الأصحاب عليها في إثبات هذا المطلب ، حتى أن بعضاً منهم جعل مقتضاها ذلك مع العلم بالخلاف الذي عن جماعة من الأصوليين دعوى الإجماع على تقديمه حيث لا مطلقاً فجنح إلى التفصيل في المسألة بذلك . وأغرب من ذلك الاستناد إلى الإجماع المحكي عن المرتضى في ظاهر الدرعية والمحقق الثاني في صريح حواشي الجهاد من الشرائع على وجوب الترافع ابتداءً إلى الأفضل وتقليده ، بل ربما ظهر من بعضهم أن المفضول لا ولاية له أصلاً مع وجود الأفضل ، ضرورة عدم إجماع نافع في أمثال هذه المسائل ، بل لعله بالعكس ، فإن الأئمة (عليهم السلام) مع وجودهم كانوا يأمرون الناس بالرجوع إلى أصحابهم من زرارة ومحمد بن مسلم وأبي بصير وغيرهم ، ورسول الله (صلى الله عليه وآله) كان يولي القضاء بعض أصحابه مع حضور أمير المؤمنين (عليه السلام) الذي هو أفضاهم ، قال في الدروس : « لو حضر الامام في بقعة ونحوكم إليه فله ردّ الحكم إلى غيره إجماعاً » .

على أنه لم نتحقق الإجماع عن المحقق الثاني ، وإجماع المرتضى مبنى على مسألة تقليد المفضول الامامة العظمى مع وجود الأفضل ، وهو غير

ما نحن فيه ، ضرورة ابتنائها على قبح ترجيح المرجوح على الراجح ، فلا نسب من الله تعالى شأنه لها مع وجود الأفضل ، ولا مدخلية لهذه المسألة فيما نحن فيه قطعاً ، وظني والله أعلم اشتباه كثير من الناس في هذه المسألة بذلك .

ولا يخفى عليك أنه لا مدخلية للتوسعة فيما نحن فيه منهم (عليهم السلام) في جواز الرجوع إلى رواية أحاديثهم وفقهاء شرعهم وإن تفاوتوا في تلك المسألة بوجه من الوجوه ، كما هو واضح بأدنى تأمل ، خصوصاً بعد أن كان لا مانع عقلاً والنقل يقتضيه ، فيجوز حينئذ نصبه والترافع إليه وتقليده مع العلم بالخلاف وعدمه .

نعم لو فرض أن المتخاصمين قد حكّموا رجلين فصاعداً في أمرهم فاختلف الحكم الصادر منهم في ذلك رجح بالمرجحات المذكورة ، ودعوى اقتضاء ذلك الترجيح في أصل المرافعة وفي التقليد ابتداء مع العلم بالخلاف أو مطلقاً ممنوعة كل المنع ، والله العالم .

ثم إنه بناءً على تقدم الأفضل فهل هو من حكم المانع أو الشرط؟ وجهان ، لا يخفى عليك الثمرة بينهما ، كما أنه لا يخفى عليك ظهور النص (١) في مضي حكم المفضول مع الترافع إليه خاصة وإن علم بعد حكم الفاضل بخلافه سيما إذا لم يعلم بكونه أفضل إلا بعد ذلك .

والظاهر أن المدار على الفضيلة في الفقه ولو باعتبار الفضيلة في المقدمات على وجه يعد كونه أفقه، أما ما لا مدخلية له فيه فلا عبرة به .

(١) الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ .

المسألة الرابعة : *

* إذا أذن الامام (عليه السلام) له في الاستخلاف * مطلقاً أو على وجه خاص عنه نفسه أو عن الامام * جاز ، ولو منع * عنه * لم يجوز * وإن صعب عليه القيام بما فوضه إليه لسعته بلا خلاف في شيء من ذلك ، بل ولا إشكال ، لأن الحكومة حق له ، فهو مسلط عليها تسلط المالك على ملكه من غير فرق بين الاحتياج لذلك لسعة الولاية أو لا ، كما لو أذن للوكيل في التوكيل أو نهاه .

* ومع إطلاق التولية * نظر * إن كان هناك أمانة تدل على الاذن * في ذلك * مثل سعة الولاية التي لا تضبطها اليد الواحدة جاز الاستئابة * لشهادة الحال بالاذن فيها ، وهل يستخلف حينئذ في القدر الزائد على ما يمكنه القيام به أو في الكل ؟ وجهان تقدما في توكيل الوكيل .

* وإلا * تكن هناك أمانة * فلا * يجوز الاستئابة * استناداً إلى أن القضاء موقوف على الاذن * والفرص حصولها له دون غيره على نحو ما سمعته في الوكيل بخلاف الأول الذي قد عرفت شهادة الحال بالاذن ، لكن هل هي في النيابة عنه أو عن الامام (عليه السلام) ؟ كما سمعته في التوكيل وإن كان الأقوى الأول ، اللهم إلا أن يقال : فرق بين المقام وبين الوكيل بتحقيق الولاية فيه نحو الوصاية ، بل وأقوى ، بل هو ظاهر نصب الغيبة المساوي في الكيفية لنصب الحضور ، وحينئذ يكون التوكيل مع الاطلاق .

لكن في المسالك - بعد أن احتمله مستدلاً له بأنه ناظر في المصالح

العامة فيمكن من الاستنابة كالامام ، ولأنه قد وثق بنظره الذي من جملة الاستنابة - قال : « ويضعف الأول بأنه قياس مع وجود الفارق ، وإنما رضي بنظره في القضاء بنفسه لا مطلقاً » .

وفيه أن الدليل ما عرفت إلا أن يمنع اقتضاء النصب للقضاء في زمن الحضور أزيد من معنى التوكيل بخلاف النصب في زمن الغيبة ، فإنه إحداث ولاية كما هو مقتضى جعله حجة عليهم ، كما أنه حجة الله . وحيث يتجه التفصيل في النصب بين أن يكون على معنى التوكيل فليس له الاستنابة إلا بالأذن ، وبين أن يكون على معنى الولاية ، فيجوز كما في نصب الغيبة .

ودعوى عدم جواز النصب بالمعنى الثاني - لمنافاته كون الحكومة من الله للامام (عليه السلام) ضرورة عدم صلاحيته للغير ولاية لا نيابة ، وإنما جاز التوكيل في زمن الغيبة لظهور الأدلة في معنى الوكالة المطلقة - يدفعها أن ذلك هو المراد بالولاية ، فلا منافاة بين كون الحكومة له وبين توليته غيره على حسب ولاية الأب والجد اللذين جاز لهما إثباتها لغيرهما بالوصاية .

فلا ريب في أن التحقيق أن النصب للقضاء يقع على الوجهين المزبورين وإن كانا معاً بمعنى الاستنابة ، إلا أنها بالمعنى الثاني استنابة خاصة هي للولاية أقرب منها للوكالة في مثل نصب الغيبة ، كما هو واضح بأدنى تأمل . ولا يخفى عليك ما يتفرع على ذلك ولا ما يتفرع على الاستنابة عنه أو عن الامام (عليه السلام) التي قد مرّ كثير منها في وكيل الوكيل . وعلى كل حال فحيث يجوز الاستخلاف للقضاء فلا ريب في أنه يعتبر فيه ما يعتبر في المنسوب الأصيل ، ضرورة كونها منصوبين له ، فلا بد من كونه مجتهداً بناءً على اعتباره في القضاء .

نعم في المسالك « إلا أن يفوض إليه أمراً خاصاً لا يتوقف على الاجتهاد كسماع البيعة ونقلها إليه ، وفي التحليف بعد أن سمع الحاكم البيعة دون الحكم ، فيكفيه العلم بشرائط ذلك - قال - : ومن هنا يظهر أن المجتهد في حال الغيبة لا يمكنه تولية أحد الحكم بين الناس مطلقاً ، لأن النائب إن كان مجتهداً كان أصلاً كالمستنيب ، وإن كان المستنيب أعلم وقلنا بترجيحه حيث لا يشترط الأفضلية أو نذر الوصول إلى الأفضل وإن كان مقلداً لم ينفذ حكمه مطلقاً ، وإنما يتصور ذلك في القاضي المنصوب من قبل الامام (عليه السلام) إذا استتاب مجتهداً غير منصوب » .

قلت : قد يقال : إن لم يكن إجماع لا مانع من التوكيل في إنشاء صيغة الحكم من قول : « حكمت » ونحوه ، نحو إنشاء صيغة الطلاق الذي هو بيد من أخذ بالساق ، فان عموماً الوكالة سواء في تناولها ، بل لعل شمولها لنحو ذلك أولى من شمولها لسماع البيعة والتحليف ونحوها ، أللهم إلا أن يراد عدم قبول الحكم الذي هو بمعنى الفصل للتوكيل ، وهو مصادرة .

كما أنه قد يقال - إن لم يكن إجماع - بجواز تولية الحكم للمقلد على أن يحكم بفتوى مقلده مثلاً ، لما عرفته سابقاً من العموماً السالبة عن المعارض ، واختصاص النصب في زمن الغيبة بالمجتهد بناءً على ظهور دليله في ذلك لا يقتضي عدم جواز تولية هذا المنصوب على الإطلاق وأنه الحجة من الامام (عليه السلام) على الناس كما أن الامام حجة الله عليهم ، بل قد عرفت كونه ولياً .

بل لعل ظاهر الدليل أن حجتيه على حسب حجتيه ، فله حينئذ استنابته وله تولية الحكم بفتاواه التي هي عدل وقسط وحكم بما أنزل الله تعالى ، كما أشرنا إليه سابقاً ، ولعله لذا حكى عن الفاضل القمي جواز

توكيل الحاكم مقلده على الحكم بين الناس بفتاواه على وجه يجري عليه حكم المجتهد المطلق ، وهو قوي إن لم يكن لإجماع ، كما لهجت به السنة المعاصرين والسنة بعض من تقدمهم من المصنفين إلا أن الانصاف عدم تحققه ، نعم قد يقال : إن المسلم من اختصاص النصب في زمن الغيبة للمجتهد لقوله (عليه السلام) : « عرف قضاءنا ونظر في حلالنا وحرامنا » (١) وهو لا يتنافى المفروض ، كما عرفت .

ثم إنه قد يتصور أيضاً في زمن الغيبة على تقدير الشرط المزبور بتولية المفضول بناءً على اختصاص النصب بالأفضل وأنه لا حكم له معه ، وإن كان قد عرفت ضعف القول به بما لا مزيد عليه ، بل قد يمنع تصوره عليه أيضاً ، لعدم حكم له مع الأفضل ، وحيث لا يكون للاستخلاف موضوع في زمن الغيبة بناءً على الشرط المزبور .

لكن قد يستفاد من مفروغية مشروعيته في الجملة ولو في زمن الحضور جواز نصب نائب الغيبة قيماً على نحو الوقف والأطفال على معنى إحداث ولاية لهم على ذلك ، كما صرح به غير واحد ، ضرورة كونه من توابع الاستخلاف في القضاء المفروض جوازه في الحضور ، فيجوز ذلك لنائب الغيبة ، لظهور ما دل على ولايته في الأعم من ذلك .

بل قيل بعدم انعزال من ينصبه قيماً للأطفال مثلاً بموته ، بل ليس له عزله وإن كان لا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة كونهم فروع الذين ينزلون بانعزاله بموت ونحوه ، إذ هو ليس أزيد من الامام (عليه السلام) الذي ينزل نوابه بموته ، نعم لو قلنا بجواز تولية ذلك من قبل الامام (عليه السلام) أمكن حينئذ عدم انعزالهم بموته ، لكونهم من فروع

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ١ وفيه « نظر في حلالنا

وحرامنا وعرف أحكامنا » .

الامام حينئذ ، لكن جواز ذلك لا يخلو من نظر ، للشك في أصل ثبوت الولاية لهم على الوجه المزبور ، وعلى تقديره فالمتجه جواز عزله له ، إذ كما أن له ولاية على النصب له ولاية على العزل ، لاطلاق الدليل ، إلا أن الانصاف الشك في ذلك ، والأصل العدم .

وكذا الشك في استفادة الولاية لكل حاكم على عزل نائب الآخر ، بل لعل المستفاد عدم ولاية لأحدهم على ما دخل في ولاية الآخر ، ولا أقل من الشك ، والأصل العدم ، والله العالم .

المسألة الخامسة :

﴿ إذا ولي من لا يتعين عليه القضاء ﴾ لوجود غيره ﴿ فإن كان له كفاية من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال ﴾ توفيراً لغيره من المصالح ﴿ ولو طلب جاز ، لأنه من المصالح ﴾ المعد لها التي من جملتها القضاء الذي فيه قيام نظام النوع والمعروف ، لكن قد يشكل ذلك بأنه يؤدي واجباً وإن لم يكن متعيناً عليه ، فلا يجوز أخذ العوض عنه . بل لو قلنا بكون القضاء من العبادات كما عساه يظهر من بعضهم أشكال أخذ العوض عليه مطلقاً أيضاً ، لما فيه من الجمع بين العوض والمعوض عنه .

كل ذلك مضافاً إلى إمكان دعوى اختصاص بيت المال المجتمع من نحو الزكاة والصدقات وغيرها بنوعي الحاجات لا الأغنياء .

﴿ و ﴾ ﴿ كذا ﴾ إن تعين عليه القضاء ﴿ بتعيين الامام ﴾ عليه السلام (ولعدم وجود غيره ﴾ ولم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق ﴾ من بيت المال ، لمكان حاجته حينئذ واشتغاله بأمر متعين عليه فيه قيام نظام النوع .

﴿ و ﴾ أما ﴿ إن كان له كفاية قيل ﴾ بل في المسالك أنه الأشهر : ﴿ لا يجوز له أخذ الرزق ، لأنه يؤدي فرضاً ﴾ فلا يجوز له أخذ العوض عنه كغيره من الواجبات .

والثاني الجواز ، لعدم خروجه بالوجوب عن كونه من المصالح التي يؤخذ الرزق عليها وإن وجبت كالجهاد ، فيكون الارتزاق من بيت المال سبباً للقيام بمصلحة من مصالح المسلمين ، سواء كانت واجبة أم لا ، وسواء كان القائم محتاجاً إليه أم لا .

ولكن الانصاف عدم خلو ذلك عن الاشكال ، لعدم الدليل ، وإنما المسلم الارتزاق مع الحاجة إليه ولو بسبب القيام بالمصلحة المانع له من التكسب ، سواء تعين عليه ذلك أو لا ، وليس هو في الحقيقة عوض معاملي ، بل لأن بيت المال معد للمحاويج سيما القائمين بمصالح المسلمين الذين يمنعهم القيام بذلك عن التكسب للمعاش ، وفي الدعائم (١) عن علي (عليه السلام) أنه قال : « لا بد من إمارة ورزق للأمر ، ولا بد من عريف ورزق للعريف ، ولا بد من حاسب ورزق للحاسب ، ولا بد من قاض ورزق للقاضي ، وكره أن يكون رزق القاضي على الناس الذين يقضي لهم ، ولكن من بيت المال » وهو وإن كان مطلقاً ولكن لا جابر له على إطلاقه ، هذا كله في الارتزاق .

﴿ أما لو أخذ الجعل من المتحاكين ففيه خلاف ﴾ وقد ذكرنا التحقيق فيه في المكاسب (٢) وأنه لا يجوز مطلقاً ، ولكن قال المصنف هنا : ﴿ والوجه التفصيل ﴾ بين من لم يتعين عليه وكان مضطراً إليه

(١) ذكر صدره في المستدرک - الباب - ٢٨ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٣ وذيله في

الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي - الحديث ٢ .

(٢) راجع ج ٢٢ ص ١٢٢ - ١٢٤ .

وبين غيره ، فيجوز في الأول دون الثاني وإن كان الأولى الامتناع أيضاً .
 وإلى ذلك أشار بقوله ﴿ فمع عدم التعيين وحصول الضرورة قيل :
 يجوز ، والأولى المنع ﴾ وإن كانت عبارته قاصرة التأدية ، ولعل الوجه
 في ذلك اقتضاء عدم الجواز تعطيل الوظيفة الدينية أو تحمل الضرر والجرح
 المنفيين عقلاً وشرعاً ، بل ربما كان من تكليف ما لا يطاق في بعض
 أفرادها .

وفيه أن ذلك إن تم اقتضى جوازه حتى مع التعيين ، لأن وجوبه
 لا يدفع الضرر الناشئ من ترك السعي على ضرورة الرزق والصبر على
 الجوع والجهد ، بل قد يناقش في أصل ذلك بأن القضاء إن كان بما يقبل
 العوض باجارة أو جعالة جاز وإن لم يكن محتاجاً إلى ذلك ، وإلا لم يجز
 وإن كان محتاجاً ، ضرورة عدم اقتضاء الحاجة انقلاب الموضوع ، وقد
 تقدم التحقيق في المكاسب (١) .

هذا وفي المسالك « ثم على تقدير جوازه بوجه في جواز تخصيص
 أحدهما به أو جعله على المدعى أو التشريك بينهما أوجه ، من الشك في
 أنها تبع للعمل أو للمنفعة الحاصلة ، فعلى الأول هو عليها وعلى الثاني
 يجب على المحكوم له أو على المدعي » .

وفيه أن هذه الوجوه لا تأتي بعد فرض كون دفع الجعل عنه معاملة ،
 ضرورة تبعيتها لمن وقعت معه ، نعم لو قلنا بوجوب دفع ذلك عوضاً
 عنه شرعاً أمكن جريان هذه الاحتمالات ، هذا كله في القاضي .

﴿ أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجرة ﴾ على أدائها لا ﴿ لتعين
 الإقامة عليه مع التمكن ﴾ بل للوجوب عليه وإن كان كفاثياً ، ومن
 هنا أطلق الأصحاب على ما اعترف به في المسالك عدم جواز أخذها له

معه كما اعترف به في المسالك ، نعم لو احتاج السعي لها إلى معونة في سفر جاز له أخذها ، لأن الواجب الاقامة كما دلت عليه الآية (١) لا السعي لها مع أنه استشكله في المسالك أيضاً بأن السعي حينئذ مقدمة الواجب المطلق فيكون أيضاً واجباً كأصله ، ولكن قد يدفع بظهور الأدلة في وجوبه بدناً لا مالاً ، أما التحمل فمع عدم تعيينه عليه قد يقال بجواز الأخذ عليه ، لكن الأولى تركه ، وقد تقدم في المكاسب (٢) ما يستفاد منه تحقيق الحال فيه .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا إشكال في أنه ﴿ يجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضي والمترجم ﴾ له ﴿ وصاحب الديوان ﴾ أي الكتاب الذي يجمع فيه أسماء الجند والقضاة والمدرسين وغيرهم من المرتزة والكتبة ونحوهما ﴿ ووالي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح ﴾ التي هذه منها ، بل أهمها وإن لم يجز بعضهم أخذ الأجرة كما تقدم في المكاسب (٣) إذ الارتفاق ليس أجرة وإن كان هو عوض .

﴿ وكذا من يكيل للناس ويزن ومن يعلم الآداب والسنن ﴾ (٤) وغيرهم ممن يقوم بمصالح المسلمين ، نعم قد عرفت احتمال اشتراط ذلك بالحاجة واشتغالهم بهذه المصالح عن التكسب للمعاش ، ولا ريب في أولوية التعفف مع الاستغناء ، والله العالم .

(١) سورة الطلاق : ٦٥ - الآية ٢ .

(٢) راجع ج ٢٢ ص ١٢٤ .

(٣) راجع ج ٢٢ ص ١٢٣ - ١٢٤ .

(٤) وفي الشرائع : « ومن يعلم القرآن والآداب » .

المسألة السادسة :

﴿ تثبت ولاية القاضي بـ ﴾ ما يثبت به غيرها من سماع إنشائها والاقرار به أو البينة على ذلك أو ﴿ الاستفاضة ﴾ التي تسمى بالشياع الذي يحصل غالباً منه سكون النفس واطمئنانها بمضمونه ، خصوصاً قبل حصول مقتضى الشك ، بل لعل ذلك هو المراد بالعلم في الشرع موضوعاً أو حكماً ، وحينئذ فلا ريب في الاكتفاء به قبل حصول مقتضى الشك ، أما معه فقد يشك فيه لكن في غير الولايات التي جرت السيرة بالاكتفاء بها بمثل ذلك .

﴿ وكذا ﴾ غيرها أيضاً مما جرت السيرة في أنه ﴿ يثبت بالاستفاضة ﴾ من ﴿ النسب ﴾ ولو من طرف الأم على الأصح ﴿ والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعق ﴾ والرق ونحوها ، لا لبعض ما ذكره غير واحد من الاعتبارات كعسر إقامة البينة عليها ونحوه مما لا يصلح أن يكون مدركاً لحكم شرعي ، بل للسيرة فيما قامت عليه منها مؤيدة بما قيل من أن المراد بظاهر الحكم في مرسل يونس (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) الاستفاضة ، قال فيه : « سألته عن البينة إذا أقيمت على الحق أئجل للقاضي أن يقضي بقول البينة من غير مسألة إذا لم يعرفهم ؟ قال : فقال : خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم : الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والموارث ، فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه » وفي

(١) الوسائل - الباب - ٢٢ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١

الفقيه (١) « الأنساب » مكان « الموارث » كما أن فيما حضرنى من بعض نسخ التهذيب (٢) « الحال » بدل « الحكم » بل هو الذى رواه عنه فى الوافى والوسائل ، ولعله بناءً على أن المراد بظاهر الحكم هو ما ظهر بين الناس من الحكم ، بمعنى نسبة المحمول إلى الموضوع فى الأمور المذكورة ، إذ هو معنى الشىاع والاستفاضة المذكوران ، بل هما ظاهر الحال أيضاً .

كما أن المراد من الاكتفاء به فى الشهادات أنه تجوز الشهادة بما يحصل منه بمعنى ، كما يقول : « دارزید وقف وعمرو بن خالد » ونحو ذلك مما هو متعارف بين الناس من الحكم فى ذلك إذا كان شائعاً كما يومئ إليه الصحيح الآتى ، أو أن المراد متعلق الشهادة من عدالة أو جرح . وعلى كل حال فلا ريب فى أنه مؤيد لما عرفت .

وفى صحيح حرير (٣) قال : « كانت لاسماعيل بن أبى عبد الله (عليه السلام) دنانير وأراد رجل من قریش أن يخرج إلى اليمن ، فقال اسماعيل : ياأبه إن فلاناً يريد الخروج إلى اليمن وعندى كذا وكذا ديناراً أفترى أن أدفعها يبتاع لى بها بضاعة من اليمن : فقال أبو عبد الله (عليه السلام) : ياأبني أما بلغك أنه يشرب الخمر ؟ فقال اسماعيل : هكذا يقول الناس ، فقال : ياأبني لا تفعل ، فعصى أباه ودفع إليه دنانيره ، فاستهلكها ولم يأت بشيء منها ، فخرج اسماعيل وقضى أن أبا عبد الله (عليه السلام) حج وحج اسماعيل تلك السنة فجعل يطوف البيت وهو يقول : اللهم أجرنى واخلف عليّ ، فلحقه أبو عبد الله (ع)

(١) راجع الفقيه ج ٣ ص ٩ - الدقم ٢٩ .

(٢) راجع التهذيب ج ٦ ص ٢٨٨ - الرقم ٧٩٨ .

(٣) الوسائل - الباب ٦ - من كتاب الودعة - الحديث ١ .

فهمزه بيده من خلقه ، وقال له : مه يا بني ، فلا والله ما لك على الله هذا
وإن لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمته ،
فقال اسماعيل : يا أبة إني لم أره يشرب الخمر إنما سمعت الناس يقولون ،
فقال : يا بني إن الله عز وجل يقول في كتابه : يؤمن بالله ويؤمن
للمؤمنين (١) يقول : يصدق لله ويصدق للمؤمنين ، فإذا شهد عندك المؤمنون
قصدهم ، ولا تأتمن شارب الخمر ، فإن الله تعالى يقول : ولا تؤتوا السفهاء
أموالكم (٢) فأبي سفيه أسفه من شارب الخمر ، إن شارب الخمر لا يزوج
إذا خطب ، ولا يشفع إذا شفع ، ولا يؤتمن على أمانة ، فمن ائتمنه على
أمانة فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه .
إذ هو كما ترى كالصریح في اعتبار الشياع الذي هو أعلى أفرادها
قول الناس وشهادة المؤمنين ونحوهما مما هو مذكور فيه ، وبه أدرجه فيما
دل على النهي عن ائتمان شارب الخمر .

ومنه يعلم أنه لا مدخلية لمفاده الذي يكون تارة علماً وأخرى
متأخراً له وثالثة ظناً غالباً في حججته ، وإنما المدار على تحققه ، بل ظاهر
الصحيح المزبور عموم اعتباره لغير المذكورات في المتن ، بل صريحه ثبوت
الفسق به ، ولعله كذلك وإن اقتصر الجماعة على الأمور المخصوصة ،
لكن المراد غلبة تحقق الشياع فيها ، لا أن المراد عدم اعتباره وإن فرض
تحقيقه في غيرها ، إذ لا دليل على ذلك ، بل لعل ظاهر الأدلة خلافه ،
بل صريح بعضهم ثبوت الهلال وغيره به ، وحيث لا لتحقيق ما عرفت .
ولا ينافي ذلك ما في بعض النصوص (٣) من حصر الحجة والقضاء

(١) سورة التوبة : ٩ - الآية ٦١ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٥ .

(٣) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

بالبيّنات ، إذ هو من قبيل العام والخاص بعد فرض قيام الدليل على حجّيته ، مع احتمال كون المراد أنها حجة مطلقاً بخلاف الشّيع ، فإنّ المعتمد منه قل ما يتفق في غالب الموضوعات خصوصاً إذا كان المراد شياع الحكم الذي هو بمعنى التصديق ، كأن يقول : زيد ابن عمرو مثلاً لا الإطلاق الذي هو ليس من ذلك ، و الفرق واضح بينهما كما أومى إليه في خبر يونس (١) المزبور . ومن التأمّل فيما ذكرنا يظهر ما في كلام الأصحاب من التشويش والاضطراب والتهجس الناشئ من عدم دليل مخصوص على الحجّية ، فيعتبر فيه العلم حينئذ ، ولكن ينبغي التعدي فيه عن المواضع المخصوصة ضرورة عدم الفرق بينها وبين غيرها بعد جعل المدار العلم ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو لم يستفرض إما لبعد موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له ﴾ فلا يحصل شياع ﴿ أو لغيره من الأسباب ﴾ كتمسك الإمام (عليه السلام) إخفاءه لمصلحة من المصالح أو نحو ذلك ﴿ أشهد الإمام (عليه السلام) أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين ﴾ عدلين ﴿ بصورة ما عهد إليه وسيّرهما معه ليشهدا له بالولاية ﴾ بناءً على عدم اعتبار حكم حاكم في حجّية البيّنة أو كان ولو في غير تلك الولاية أو القاضي الأول إذا كان عزله معلقاً على ثبوت ولايته الثاني عنده مثلاً ، بناءً على جواز مثل هذا التعليق في العزل ، كما صرح به في القواعد ، بل جوز فيها تعليقه على قراءة الكتاب المتضمن له وإن قال في المسالك : « إنه لا يوافق قواعد الأصحاب ، وقد حكموا ببطان الوكالة المعلقة ، وهي أضعف حالاً من ولاية القاضي ؛ ومن ثمّ قال في الدروس : وفي جواز تعليق العزل وجه ضعيف » .

وفيه أنّه فرق واضح بين الوكالة التي هي عقد من العقود الممتنع

(١) الوسائل - الباب - ٢٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

فيها التعليق المنافي لظاهر ما دل على تسببها وبين المقام الذي هو من المناصب ، نحو قوله : « فلان أميركم إن مات فلان أو عرض فيه عارض » ومن هنا جاز فيه ما لم يجز في الوكالة ، كالنصب في زمن الغيبة الذي لم يجز نحوه فيها قطعاً ، بل قد عرفت جوازه في الوصاية التي هي من الولايات ، فلاحظ وتأمل ، فانه قد ذكرنا سابقاً عدم منافاة تعليق المشأ للاتشاء الفعلي ، ولذا جاز في النذر والوصية وغيرها ، نعم هو مناف لظاهر مقارنة ترتب المسبب للسبب الشرعي الذي هو كالعقلي بالنسبة إلى ذلك ، لظهور الأدلة ، أما في المقام فليس في الأدلة ما يقتضي ذلك ، فيبقى جوازه على مقتضى الإطلاق ، خصوصاً بعد عدم إجماع هنا على اعتبار التنجيز ، بل العكس مظته ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لا يجب على أهل الولاية قبول دعواه ﴾ وإن لم يكن له معارض ﴿ مع عدم البيئة ﴾ والشيعاء ﴿ وإن شهدت له الأمارات ﴾ التي لم تجعل في الشرع دليلاً على مثل ذلك ﴿ ما لم يحصل اليقين ﴾ بها فانه ليس وراء العلم من شيء ، كما في غير ذلك من الدعاوى ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة السابعة : ﴿

لا خلاف في أنه ﴿ يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد لكل منها جهة على انفراده ﴾ بأن خصص كل واحد منها بطرف منها ، أو عين كل واحد منها زماناً ، أو جعل أحدهما قاضياً في الأموال والآخر في الدماء والفروج ونحو ذلك .

﴿ وهل يجوز التشريك بينهما في الجهة الواحدة ﴾ على جهة الاجتماع

على الحكم الواحد ؟ وجهان أقواهما الجواز وفاقاً للفاضل وولده فيما حكى عنها ، كما في الوصيين والوكيلين ، للأصل ولأنه أضبط وأوثق للحكم ، خصوصاً بناءً على ما هو الحق عندنا من أن المصيب واحد .

نعم قد يمنع التشريك بينهما على إرادة كون القاضي مجموعهما على وجه يكون كل واحد نصف قاضٍ ، بل الظاهر امتناع ذلك في جميع الولايات ، بل هو كذلك في الوكالة أيضاً ، لعدم وقاء الأدلة في مشروعية ذلك ، فتبقى على أصالة العدم .

وإطلاق التشريك والمعية هنا وفي كتاب الوصية في عبارات الأصحاب يراد منها عدم نفوذ تصرف أحدهما بدون رضا الآخر ، لا أن المراد التشريك في نفس الوصاية ، بل كل منها وصيٌ إلا أنه لا ينفذ تصرفه إلا بتنفيذ الآخر ، ومن هنا لو مات أحدهما يبنى الآخر وصياً ، بل لا يحتاج إلى ضم غيره معه من الحاكم ، بناءً على كون المراد من التشريك الزبور حال إمكانه .

وإفراد الرسول في موسى وهارون والتشريك في الأمر يراد به إثبات الرسالة لكل منها بدليل التصريح بنبوة هارون ، فلا ريب في كون المراد هنا ما ذكرناه ، وحينئذ فلو اختلف حكمها وقف الحكم وإلا نفذ .

وأولى من ذلك بالجواز التشريك بينهما على جهة الاستقلال كما في نصب القبية وإن ﴿ قيل بالمنع ﴾ هنا أيضاً قياماً على الولاية العظمى ﴿ وحسماً لمادة اختلاف الخصمين في الاختيار ﴾ .

﴿ ولكن قد عرفت أن الوجه الجواز ﴾ للأصل و﴿ لأن القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب ﴾ والقياس - مع بطلانه في نفسه عندنا - ممنوع هنا في المقيس عليه ، كما في موسى وهارون ، والتنازع يندفع بتقديم من سبق دأبه منها .

ولو جاء معاً حكم بالقرعة، ولو ابتدأ المتنازعان بالذهاب إليها من غير دعاء قدّم من يختاره المدعي .
هذا كله مع التصريح ، أما مع الاطلاق - كالمجرد عن التصريح بأحدهما - فالأصح الاستقلال بناءً على ظهور الاطلاق في ذلك ، وربما احتل الفساد ما لم يصرح بأحد الأمرين ، لاشتراك الاطلاق بينهما واختلاف حكمهما ، وهو كما ترى ، على أن صورة اتفاقها متيقنة على كل حال .
ثم لا يخفى عليك خلو الثمرة في أمثال هذه المسائل ، ضرورة أن الامام (عليه السلام) أعلم بما يفعله مع تمكنه ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة الثامنة :

﴿ إذا حدث ﴾ في القاضي ﴿ ما يمنع ﴾ أصل ﴿ الانعقاد ﴾ في الابتداء ﴿ انزل ﴾ به ﴿ وإن لم يشهد الامام (عليه السلام) بعزله ﴾ بل وإن لم يعلم بذلك ﴿ كالجنون والفسق ﴾ والاعفاء والعمى والخرس وعدم الاجتهاد أو الضبط لغلبة الغفلة والنسيان ونحو ذلك مما عرفت اعتباره في أصل القضاء بناءً على القول به ، لظهور دليل شرطيتها في الابتداء والاستدانة فلا وجه للاستصحاب .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو حكم لم ينفذ حكمه ﴾ بل لا تعود يزوال هذه العوارض ، للأصل ، وربما فرّق بين ما يزول سريعاً كالاعفاء وبين غيره كالجنون ، فتعود في الأول دون الثاني ، لأن الاعفاء كالسهو الذي يزول سريعاً ، ولا ينفك منه غالباً ، لكنه كما ترى ، ضرورة وضوح الفرق بين السهو والنوم وبين الاعفاء المزيل للعقل دونها .
﴿ وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً ؟ ﴾ الأقوى ذلك ، إذ هو

كالوكيل والوصي ، لأن ذلك حق للامام (عليه السلام) فله أخذه واعطاؤه غيره .

لكن الوجه عند المصنف تبعاً لبعض أنه لا يجوز لأن ولايته استقرت شرعاً ، فلا تزول تشهياً وهو كما ترى مصادرة محضة ، ولأن عزله حينئذ بمنزلة العيب ، وفيه عرصة للقدح في من ليس بمقدوح فيه ، وهو مجرد استحسان .

أما لو رأى الامام (عليه السلام) أو النائب عزله لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظراً ، فانه جائز قطعاً مراعاة للمصلحة .

ولكن لا ينبغي عليك أن هذا البحث أيضاً قليل الجدوى ، كما أومأنا إليه سابقاً ، ضرورة أن الامام (عليه السلام) لا يفعل إلا ما يوافق المصلحة ويناسب المشروع ، ويجب طاعته في كل شيء ، وفعله حجة كذلك ، وهو معصوم من الخلل مؤيد مسدد، وإننا بحث في هذه الفروع من يجوز امامة من يتفق منه خلاف المشروع ، وحينئذ فمع حضوره (عليه السلام) هو أعلم بما يقع منه .

وكذا البحث في أنه هل ينزل بمجرد عزله أو بعد بلوغ الخبر كالوكيل ؟ وإن قال في المسالك : « فيه قولان ، أظهرهما الثاني ، لعظم الضرر في ردّ قضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر ، فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل » وكان مرجعه إلى استصحاب بقاء نفوذ حكمه ، لكن قد يناقش بمعلومية استناد ذلك إلى الاذن المعلوم انقطاعه ، ومن هنا لم يكن إشكال عندهم بالانعزال بغير ذلك من الموت ونحوه قبل البلوغ . وكذا لا فائدة فيما ذكره هنا أيضاً من أن ذلك إذا عزله لفظاً أو كتب إليه اني عزلتك أو أنت معزول ، أما إذا كتب إليه « إذا أتاك

كنتي فأنت معزول « لم ينعزل قبل أن يأتيه الكتاب بحال ، وإذا كتب إليه « إذا قرأت كتابي هذا فأنت معزول « لم يعزل قبل القراءة ، ثم إن قرأه بنفسه فذاك وإن قرىء عليه فوجهان : أحدهما لا ينعزل نظراً إلى صورة اللفظ ، والثاني الانعزال نظراً إلى المعنى عرفاً ، لأن غرض الامام إعلامه ضرورة الحال لا قراءته بنفسه ، ولو كان أمياً فقرىء عليه فالحكم بالانعزال أظهر مع احتمال العدم ، نظراً إلى مدلول اللفظ ، ومثله في اختلاف ظاهر اللفظ والمعنى إطلاق الكتاب على مجموعه أو على الغاية المقصودة منه .

وتظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابة بحيث تعذرت قراءته ، فانه لا تصدق قراءة الكتاب إن جعلنا المفرد المضاف مفيداً للعموم ، كما هو رأي المحققين من الأصوليين ، وكذا القول في بلوغه ، هذا بحسب اللفظ . وأما بالنظر إلى المعنى فالمقصود بلوغ ما يفيد الخبر أو قراءة ما يحصل به الغرض وإن لم يتم القراءة مع إمكانها فضلاً عن تعذرها ، فتعتبر قراءة الفصول المقصودة التي يحصل بها هذه المصلحة المطلوبة وإن بقي غيرها كالبسملة والحمد لله ونظائرها ، إلى غير ذلك مما أطنب فيه العامة في كتبهم من الخرافات الفاسدة والاحتمالات الباردة المبنيّة على اعتبارات واستحسانات ونحوها المقصود فيها صيرورة الكتاب ضخماً لينال به الجائزة من سلطان زمانه نسأل الله تعالى أن يعيدنا من هذه النيات السيئة ، وأن يعصمنا من الخيالات الشيطانية التي يوحى بها بعض إلى بعض من زخرف القول وغروره ، فانه ولي الصواب وإليه المرجع والمآب .

المسألة التاسعة : ❊

❊ إذا مات الامام (عليه السلام) قال الشيخ : الذي يقتضيه مذهبتنا انزال القضاة أجمع ❊ لأنهم نوابه وولايتهم فرع ولايته ، فإذا زال الأصل زال الفرع ، فإن أمر كل عصر إلى إمام ذلك العصر .
❊ وقال في المبسوط : لا ينزلون ، لأن ولايتهم ثبتت شرعاً ❊ بتوليته ❊ فلا تزول بموته ❊ للأصل المؤيد بها في الانعزال من الضرر العام اللاحق للخلق بخلاف البلدان من الحكام إلى أن يجدد الامام اللاحق نواباً فتعطل المصالح .

بل في المسالك « قد يقدر هذا في ولاية الفقيه حال الغيبة بأن الامام الذي قد جعله قاضياً وحاكماً قد مات فيجري في حكمه الخلاف المذكور - ثم قال - : إلا أن الأصحاب مطبقون على استمرار تلك التولية ، فإنها ليست كالتولية الخاصة ، بل حكم بمضمونه فإن إعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك كإعلامه بكون العدل مقبول الشهادة ، وإذا اليد مقبول الخبر ، وغير ذلك ، وفيه بحث » .

قلت : وجه البحث ظهور الأدلة في كونه إنشاء نصب منه ، بل هو كاد يكون صريح قوله (عليه السلام) (١) : « فاني جعلته قاضياً وحاكماً » لا أنه مجرد إعلام ، وكيف يكون إعلاماً وقد عرفت الاحتياج إلى إنشاء النصب والاذن .

نعم قد يقال في دفعه - مضافاً إلى ما سمعته من النص (٢) على

(١) راجع التعليقة (هـ) من ص ٩ .

(٢) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ٩ .

نفسه من صاحب الزمان روعي له الفداء - : إن إمام العدل له النصب في الأزمنة المتأخرة عن زمان موته ، فإن الزمان بأجمعه لجميعهم ومعصومون عن الخطأ ، ولا ينطقون عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى ، وهذا الفرع إنما ذكره العامة على أصولهم في أئمتهم المصوبين من قبلهم لا من ربهم بخلاف أئمتنا (عليهم السلام) الذين هم أولياؤنا أحياء وأمواتاً ، وإنما ينزل نوابهم بالموت حيث تكون التولية منهم مقيدة بذلك ولو بظاهر الحال ، لا لانقطاع ولايتهم بالموت ، فإذا كانت من أحدهم على الاستدانة صريحاً أو ظاهراً فلا إشكال في عدم الانعزال ، ومنه نصب الصادق (عليه السلام) لكل من عرف حلالهم وحرامهم (١) الظاهر بل الصريح في ذلك ، فيمضي حينئذ حكمه ولو بعد موته في زمن الامام الآخر المعبر في الحقيقة عن الأول ، فإن حكمهم واحد وأمرهم واحد ، كما هو معلوم من أصول الشيعة ، بل هو من ضروريات مذهبهم .

❦ و ❦ بذلك ظهر لك أن ❦ الأول أشبه ❦ لكن على الطريق الذي ذكرناه ، لا لانقطاع ولايتهم بالموت ، ولو فرض عدم ظهور في تقيد الولاية بزمن حياتهم كان المتجه بقاؤها حتى يأتي العزل من الامام المتأخر الذي هو في الحقيقة عزل من الامام الذي قبله تمسكاً باطلاق مقتضيها مع فرضه ، أما إذا لم يكن بل ليس إلا صبرورته قاضياً في زمن الحياة فالمتجه الحكم بانقطاعها ، لأن ذلك لا يكفي في ثبوت الاذن في الزائد عليه ، إذ الاستصحاب هنا لا وقع له بعد التنويع المزبور ، ومن ذلك يعلم ما في الأصل المزبور ، كما هو واضح .

❦ ولو مات القاضي الأصلي ❦ الذي نصبه إمام العدل انعزل كل نائب له في شغل معين ، كبيع على ميت أو غائب أو سماع بينة في حادثة

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٦ .

معينة بغير خلاف ، كما في المسالك قال : « وفي التصرف في شغل عام
كقوام الوقوف والايام وجهان ناشتان من الوجهين اللذين في نواب الامام
من حيث التبعية وترتب الضرر بزوال ولايتهم إلى أن يتجدد الولاية » .

وفيه أنه مع فرض كونهم وكلاء عنه لا إشكال في انفساخها بموته ،
من غير فرق بين كون متعلقها عاماً أو خاصاً ، لأن الفرض زوال ولاية
الأصل بموته ، بل الظاهر ذلك مع فرض كونهم أولياء ، لأن ولايتهم
فرع ولايته ، لكن عن الايضاح نفي الخلاف عن عدم انعزالهم ، فان تم
إجماعاً فذاك ، وإلا كان المنتهى ما ذكرنا ، نعم لو كان النصب وكيلاً
أو ولياً عن الامام وكان ذلك جائزاً له لم ينعزل قطعاً ، والله العالم .

وأما الخليفة عنه في القضاء فقليل : ﴿ لم ينعزل ﴾ أي ﴿ النائب
عنه ﴾ فيه ﴿ لأن الاستنابة ﴾ فيه ﴿ مشروطة باذن الامام (عليه
السلام) فالنائب عنه كالنائب عن الامام ، فلا ينعزل بموت الواسطة ﴾
كما لا ينعزل وكيل الوكيل إذا أذن له في توكيله عن الموكل .

وقيل : ينعزل وإليه أشار المصنف بقوله : ﴿ والقول بانعزاله
أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لأنه فرعه ، وكالوكيل عنه ينعزل
بموته وليس هو نائباً عن الامام وإن توقف استخلافه عنه عليه .

وربما أشكل القولان معاً على إطلاقها ، أما الأول فلأن النيابة قد
تكون مستندة إلى قرائن الأحوال كاتساع الولاية ، والنائب فيها ليس
نائباً عن الامام بل عن القاضي ، ولم يحصل من الامام ما يقتضي الاذن
لفظاً حتى يقال : إن الاستنابة مشروطة باذن الامام ، ولو سلم أن التولية
على هذا الوجه إذن في المعنى لم يدل على كونه إذناً في استنابته عن الامام
بوجه من الدلالات .

وأما الثاني فلأن من جملة الأقسام أن يكون الامام قد أذن له صريحاً

في الاستنابة إما مطلقاً أو عن الامام ، فلا يتم الحكم مطلقاً بكون النائب تابعاً للمستنيب .

فيتجه على هذا وجه ثالث قد جزم به الرافعي في الروضة من بعض كتب الشافعية وهو « أن القاضي إن لم يكن مأذوناً في الاستخلاف بل استخلف بناءً على جوازه مطلقاً أو مع شهادة القرائن انزل خليفته بموته ، لأن الاستخلاف في هذه الحالة إما أن يكون جوازه مشروطاً بالحاجة فكان النائب كالمعين في العمل ، فإذا زالت ولايته بطلت المعاونة ، لعدم الحاجة إليها ، وإما لأن الخليفة كالوكيل حيث جوزناها مطلقاً ، فتبطل بموت الموكل لأنه كالمعين أيضاً، وإن لم يكن لحاجة وكان مأذوناً في الاستخلاف نظر ، فان قال : استخلف عني فاستخلف لم ينزل خليفته ، لأنه مأذون من جهة الامام ، فكأنه حينئذ سفير في التولية وإن قال : استخلف عن نفسك أو أطلق انزل ، لظهور غرض المعاونة وبطلانها ببطلان ولايته . وفيها أيضاً » لو نصب الامام نائباً عن القاضي فعن السرخصي لا ينزل بموت القاضي ولا انزاله للاذن له من جهة الامام .

ومال إليه في المسالك قال : « إلا أن يكون الاذن مقيداً بالنيابة عن القاضي فيتبعه كالأول » وهو جيد . لكن قد يناقش بالتفصيل بين ما يستفاد منه الاذن ، فان دعوى انحصار إفادة القرائن في الاستخلاف عنه لا عن الأصل ممنوعة ، ضرورة أعميتها من ذلك ، كما هو واضح .

المسألة العاشرة :

﴿ إذا اقتضت المصلحة تولية ﴾ القضاء مثلاً ﴿ من لم يستكمل الشرائط ﴾ بأن كان قاصراً في العلم والعدالة ﴿ انعقدت ولايته ﴾ في أحد الوجهين أو القولين ﴿ مراعاة للمصلحة في نظر الامام ﴾ (عليه السلام) كما اتفق لبعض القضاة في زمن علي (عليه السلام) ﴿ وهو شريح المعلوم انتفاء بعض الشرائط فيه .

﴿ وربما منع من ذلك ﴾ بل هو أحد الوجهين أو القولين أيضاً ، بل لعله أقواهما كما هو خيرة الفاضل في المحكي من تحريره ، للأصل بل الأصول ، ولإطلاق دليل الشرطية ، بل صريح النص والفتوى عدم كونه مشروعاً للتقية على وجه تجري عليها أحكام القضاء الصحيح ، كما في الصلاة والوضوء والغسل فضلاً عن غيرها ، ومن هنا استفاضت النصوص (١) في التهي عن المرافعة إلى قضائهم ، وأنها من المرافعة إلى الجبت والطاغوت مع استفاضتها (٢) في الحث على الصلاة معهم ، وأنها كالصلاة مع رسول الله (صلى الله عليه وآله) .

بل ظاهر النص (٣) والفتوى بل صريح بعضها عدم صحة قضاء قضاة أئمة الجور وإن حكموا بالحق ، وحينئذ فلا مصلحة تقتضي تغيير الحكم فيه ، كما يومئ إليه إصراره (عليه السلام) في عدم تولية معاوية حتى قال (٤) : « قد يرى الحوّل القلب وجه الحيلة ، ولكن دونها

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ٠ - ٤ .

(٢) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب صلاة الجماعة - من كتاب الصلاة .

(٤) نهج البلاغة - الخطبة ٤١ (ص ١١٨ ط إيران) وفيه « قد يرى الحوّل القلب وجه

الحيلة ودونه مانع من امر الله ونهجه . . . »

ج ٤٠ (هل تنعقد ولاية فاقد الشرائط لو نصبه الامام (ع) مصلحة؟) - ٦٩ -

حاجز من تقوى الله تعالى .

وما وقع منه من إقرار شريح لا دلالة فيه ﴿ فانه ﴾ ليس باختياره أولاً ، ولا دليل على إجرائه عليه حكم القضاء الصحيح ثانياً و ﴿ لم يكن يفوض ﴾ إليه ولا ﴿ إلى ﴾ غيره من ﴿ من يستقضيه ولا يرتضيه ، بل يشاركه فيما ينفذه ﴾ ثالثاً، قال (عليه السلام) لشريح في خبر سلمة (١) : « وإياك أن تنفذ قضية في قصاص أو حد من حدود الله أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك عليّ إنشاء الله » ﴿ فيكون هو الحاكم في الواقعة لا المنصوب ﴾ قال الصادق (عليه السلام) في حسن هشام (٢) : « لما وليّ أمير المؤمنين (عليه السلام) شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه . »

وما في المسالك - من المناقشة فيه بأن المروي من حال شريح معه خلاف ذلك ، وفي حديث الدرع الغلول (٣) ما يرشد إلى ما ذكرناه - لا يخفى عليك ما فيه ، بل حديث الدرع الغلول مرشد إلى عكس ما ذكره، حيث نبهه به على خطائه في قضائه به من وجوه، قال النخعي (٤) : « دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر (عليه السلام) فسألاه عن شاهد ويمين ، فقال : قضى به رسول الله (صلى الله عليه وآله) وقضى به علي (عليه السلام) عندكم بالكوفة ، فقالا : هذا خلاف القرآن، قال : وأين وجدتموه خلاف القرآن ؟ فقالا : إن الله عز وجل يقول : « وأشهدوا ذوي عدل » (٥) فقال لهما أبو جعفر (عليه السلام) : فقلوه :

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ١ .

(٣) و (٤) الوسائل - الباب - ١٤ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٦ .

(٥) سورة الطلاق : ٦٥ - الآية ٢ .

« وأشهدوا » هو أن لا تقبلوا شهادة واحد ويمينا ؟ ثم قال : إن علياً (عليه السلام) كان قاعداً في مسجد الكوفة ، فمرّ به عبد الله بن قفل التميمي ومعه درع طلحة ، فقال له علي (عليه السلام) : هذا درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة ، فقال له عبد الله : فاجعل بيني وبينك قاضياً الذي رضيته للمسلمين ، فجعل بينه وبينه شريحاً ، فقال علي (عليه السلام) : هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة ، فقال له شريح : هات على ما تقول بينة ، فأناه بالحسن (عليه السلام) فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة ، فقال : هذا شاهد ، ولا أقضي بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر ، قال : فدعا قنبراً فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة ، فقال شريح : هذا مملوك ، ولا أقضي بشهادة مملوك ، قال : فغضب علي (عليه السلام) وقال : خذوها فان هذا قضى بجزر ثلاث مرات قال : فتحوّل شريح عن مجلسه ، ثم قال : لا أقضي بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجزر ثلاث مرات ؟ فقال : ويحك أو ويحك إني لما أخبرتك أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة ، قلت : هات على ما تقول بينة ، وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينة ، فقلت : رجل لم يسمع الحديث ، فهذه واحدة ، ثم أتيتك بالحسن فشهد ، فقلت : هذا شاهد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر ، وقد قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بشهادة واحد ويمين ، فهذه ثنتان ، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة ، فقلت : هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك ، ولا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً ، ثم قال : ويحك أو ويحك إمام المسلمين يؤتمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا ، ورواه في الفقيه بزيادة « وقال أبو جعفر (عليه السلام) :

فأول من ردّ شهادة المملوك رمع .
وبالجملة يمكن القطع من مذهبنا بعدم انعقاد القضاء لفاقد الشرائط كالعلم ونحوه على وجه يلحقه حكم القضاء الصحيح وإن حكم بغير ما أنزل الله تعالى ، خصوصاً بعد ما سمعته سابقاً من تقسيم القضاء ، وأن واحداً في الجنة والباقي في النار ، وإطلاق اسم القاضي عليه لا يقتضى صحة قضائه لا ظاهراً ولا راقعاً ، كما هو واضح .
نعم قد يقال : إن الذي يقتضيه الانصاف والتدبر في ما ورد في شريح أنه يجوز نصب غير مستكمل الشرائط على إنفاذ القضاء بالحق بعد العلم به بخصوصه ، والله العالم .

المسألة الحادية عشر :

﴿ كل من لا تقبل شهادته ﴾ له أو عليه ﴿ لا ينفذ حكمه ﴾
كذلك ﴿ كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه ، ويجوز حكم الأب على ولده وله ، والأخ على أخيه ﴾ لأنه شهادة وزيادة ، فيشترط في نفوذه ما يشترط في نفوذ الشهادة في الطرفين أو أحدهما ، وحيث لا يقبل حكم الخصم على خصمه ﴿ و ﴾ يقبل ﴿ له ﴾ مع عدم منافاة الخصومة للعدالة ، هكذا ذكره المصنف وثاني الشهيدين وغيرهما ذكر المسلمات ، فإن تم إجماعاً كان هو الحجة ، وإلا كان للنظر فيه مجال ، ضرورة إمكان منع كون الحكم شهادة على وجه يلحقه حكمها المعلق عليها من حيث كونها شهادة ، بل دعوى التزام ذلك في حاكم الغيبة فلا ينفذ حكمه على من كانت بينه وبينه خصومة لم يخرج بها عن العدالة في غير تلك الخصومة من المنكرات ، خصوصاً بعد قوله (عليه السلام) : « جعلته حاكماً

عليكم « (١) » وهو حجتي عليكم « (٢) » والرادّ عليه كالرادّ علينا « (٣) » ونحو ذلك ، ولعله لذا حكى عن بعضهم اختصاص المنع بقاضي التحكيم . وفي محكي التحرير « ولو تولى وصي اليتيم القضاء فهل يقضي له ؟ فيه نظر ينشأ من كونه خصماً في حقه ، كما في حق نفسه ، ومن أن كل قاضٍ فهو ولي الأيتام » .

قلت : لا إشكال في عدم منع مثل ذلك - مع عدم الوصاية - الحكومة ، لعدم اختصاص الولاية له ، وكذا شهادة الفقير أو حكومته بأن في مال زيد الزكاة مثلاً ، بل وكذا الكلام في مصرف الوقف من العلماء والعدول ونحوهم ، فإن ذلك ونحوه لا يمنع الحكومة ولا الشهادة ، لعموم أدلة القبول ، أما الولاية المخصوصة كالأب والجد والوصي فالظاهر عدم قبول شهادتهم للمولى عليه لأنها تجر نفعا إليهم ، أما إذا كان الأب حاكماً مثلاً أو الوصي كذلك ففي قبول حكمه له نظر ، أقواه العدم ، والله العالم .

النظر الثاني

﴿ في الآداب ﴾

﴿ وهي قسمان : مستحبة ومكروهة ﴾ إلا أن كثيراً منها لا دليل عليها بالخصوص ، ولكن ذكرها الأصحاب وغيرهم من غير إشعار بتوقف في شيء منها ، ولعله لعدم احتياج الاستحباب الأدبي إلى دليل

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ - ٩ - ١ .

بالخصوص . ويكتفي فيه مشروعية أصل الأدب ، فالتسامح فيه زائد على التسامح في السنن .

وكيف كان فهي كثيرة خصوصاً في كتب العامة حتى أفردت بالتصنيف ، وقد ذكر المصنف المهتم منها ﴿ ف ﴾ فقال : ﴿ المستحب أن يطلب ﴾ قبل دخوله أو حينه ﴿ من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج إليه في أمور بلده ﴾ وعن العلماء فيها والعدول ومن هو مستحق للتعظيم وغير ذلك مما ينبغي الاطلاع عليه لمثله .

﴿ وأن يسكن عند وصوله في وسط البلد ليرد الخصوم عليه وروداً متساوياً ﴾ ليكون ذلك أقرب إلى التسوية بينهم التي قد عرفت حالها في الكلام والانصات والمجلس وغيرها .

﴿ وأن ينادي بقدمه إن كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه إلا بالنداء ﴾ أن فلاناً قد قدم قاضياً فن أحب سماع قراءة عهده فليحضر ساعة كذا من يوم كذا ، فاذا حضروا قرأ عليهم العهد ، وإن كان معه شهود شهدوا .

وقيل : يستحب أن يكون دخوله يوم الاثنين تأسيماً بالنبي (صلى الله عليه وآله) في دخوله المدينة ، وهو كما ترى . نعم في كشف اللثام « ينبغي له أن يقصد الجامع إذا قدم ، ويصلي ركعتين ، ويسأل الله العصمة والاعانة » .

﴿ وأن يجلس للقضاء في موضع بارز مثل رحبة ﴾ وهي الصحراء بين أفنية القوم والمسجد ﴿ أو فضاء ليسهل الوصول إليه ﴾ ولثلاثهائه الناس أو بعضهم ليرجلس في بيت مثلاً .

﴿ وأن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول من ﴾ ديوان الحكم المشتمل على المحاضر والسجلات و ﴿ حجج الناس وودائعهم ﴾ ووثائق الأيتام والأوقاف ونحو ذلك ، لأنها كانت في يده بالولاية التي انتقلت منه

إليه، فيتوصل بذلك إلى معرفة تفاصيل أحوال الناس ومعرفة حقوقهم وحوالهم. ﴿ ولو ﴾ اتفق أنه ﴿ حكم في المسجد صلى عند دخوله ﴾ فيه ركعتين ﴿ تحية المسجد ﴾ كما يستحب ذلك لكل داخل إليه ﴿ ثم يجلس مستدبر القبلة ﴾ كما عن الأكثر ﴿ ليكون وجه الخصوم ﴾ إذا وقفوا بين يديه ﴿ إليها ﴾ ليكون ذلك أردع لها عن كلام الباطل وخصوصاً وقت الاستحلاف .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي مبسوطه وابن البراج على ما حكى عنه : ﴿ يستقبل القبلة، لقوله (عليه السلام) (١) : خير المجالس ما استقبل به القبلة ﴾ وهو أحق من غيره ﴿ و ﴾ لكن ﴿ الأول أظهر ﴾ لما عرفت .

﴿ ثم ﴾ إذا تفرغ القاضي من مهاته وأراد القضاء استحب له أن ﴿ يسأل ﴾ أولاً ﴿ عن أهل السجون ﴾ لأنهم في عذاب ﴿ ويثبت أسماءهم ﴾ وما حبسوا به ومن حبسوا له ﴿ وينادي في البلد بذلك ﴾ ويقول : إن القاضي ينظر في أمر المحبوسين ﴿ ويجعل له وقتاً ﴾ معيناً يرم كذا فمن له محبوس فليحضر ﴿ فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد ويسأله عن موجب حبسه ويعرضه على خصمه فان ثبت لحبسه موجب أعاده وإلا أشاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه ﴾ .

وجواب المحبوس يفرض على وجوه : (منها) أن يعترف بالحبس بالحق ، فان كان ما حبس به مالاً أمر بأدائه ، فان قال : أنا معسر فعلى ما عرفته في الفلن (٢) فان لم يؤد ولم يثبت إعساره ردّ إلى الحبس، وإن أدى أو ثبت إعساره نوّدي عليه فلعل له خصماً آخر ، فان لم يظهر

(١) الوسائل - الباب - ٧٦ - من ابواب احكام العشرة - الحديث - ٣ من كتاب الحج .

(٢) راجع ج ٢٥ ص ٣٢٤ - ٣٢٨ .

خلى سبيله ، وإن كان ما حبس عليه حداً أقيم عليه وخلى .

و (منها) أن يقول : « شهدت عليّ البينة فحبسني القاضي »
يبحث (١) عن حال الشهود ، فإن كان مذهبه أنه يحبس بذلك تركه
أيضاً محبوساً وبحث وإلا أطلقه .

و (منها) أن يقول : « حبست ظلماً » في المسالك « إن كان
الخصم معه فعلى الخصم الحجة ، والقول قول المحبوس بيمينه » وفيه أنه
يمكن العكس عملاً بأصالة الصحة في فعل القاضي ، وإن كان للمحبوس
خصم غائب ففي إطلاقه وإبقائه في الحبس وجوه : الإطلاق ، لأنه عذاب
وانتظار الغائب قد يطول ، والابقاء مع الكتابة إلى خصمه ، فإن لم يحضر
أطلق ، والإطلاق مع المراقبة إلى أن يحضر خصمه ويكتب إليه أن يعجل ،
فإن تأخر لا لعذر تركت المراقبة ، وعن الشهيد التخيير بينها وبين الكفيل ،
وهو جيد ، إذ المدار على الجمع بين الحقين .

﴿ وكذا لو أحضر محبوساً وقال : لا خصم لي ، فانه ينادي في البلد
فإن لم يظهر له خصم ﴾ أو مطلع على حاله ﴿ أطلقه ﴾ للأصل وغيره .
﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه : ﴿ يختلف مع ذلك ﴾
واستحسنه بعضهم ، وفيه أنه لا وجه مع عدم خصم له ، والأصل البراءة ،
ولذا نسب المصنف إلى القبل مشعراً بتمريره .

﴿ ثم ﴾ إذا فرغ من ذلك ﴿ يسأل عن الأوصياء عن الأيتام ﴾
الذين لا قابلية لهم إلى المرافعة وأولياء الجهات العامة ﴿ ويعمل معهم
ما يجب من تضمين أو انفاذ أو إسقاط ولاية إما لبلوغ اليتيم أو لظهور
خيانته أو ضم مشارك إن ظهر من الوصي عجز ﴾ وغير ذلك من الأحكام الشرعية .
وفي المسالك « فإذا حضر من يزعم أنه وصي تفحص القاضي عن

(١) هكذا في النسخة الأصلية ، والأولى هكذا « فيبحث » .

شيتين : أحدهما أصل الوصاية ، فإن أقام بينة بها قرره عليها إلى أن يحصل ما يزيلها من فسق فيززع المال من يده ، فإن كان المال كثيراً لا يمكنه القيام بحفظه والتصرف فيه ضم إليه من يعينه ، والثاني تصرفه في المال ، فإن قال : فرقت ما أوصى به نظر إن كانت الوصية لمعينين لم يتعرض لأن الدعوى لهم إن لم يصل ، وإن كانت بجهة عامة فإن كان عدلاً أمضى تصرفه ولم يضمه ، وإن كان فاسقاً ضمته لتعديده بالتفريق لا عن ولاية .

وكان الأول مبني على أصالة ولاية الحاكم حتى يثبت الوصاية لا أنها تثبت إن لم يكن هناك وصي ، فيكفي في عدم ثبوتها دعوى مدعيها بلا معارض ، ولا تطلب منه البينة على ذلك كما زعمه بعض متفهمي العصر ، كما أن التضمنين في الثاني مبني على عدم جواز وصاية الفاسق على ذلك . ولو أن غير الوصي فرّق الموصى به ففي المسالك « نظر إن كانت الوصية لمعينين وقع الموقع ، لأن لهم أن يأخذوه من دون واسطة ، وإلا ضمن » وفيه أنه كذلك إذا كان معيناً ، أما إذا كان كلياً فلا ، فيتجه الضمان حينئذ وإن كان لمعينين .

وكذا يضمن من تصرف ممن ليس له الولاية حتى في وقف المسجد والمسجد ونحوهما وإن صرفه في مصلحة إلا مع إجازة الولي في وجهه ، بل في القواعد احتمال عدم الضمان حتى في تفرقة غير الوصي إذا كان في محله ، إلا أنه كما ترى ، ولو ظهر منه خيانة فأولى بالضمان كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ ثم ﴾ إذا فرغ من ذلك ﴿ ينظر في أمناء الحاكم ﴾ الأول ﴿ الحافظين لأموال الأيتام ﴾ ونحوهم ﴿ الذين يليهم الحاكم ولأموال الناس من ودعة ومال ﴾ غائب و ﴿ محجور عليه ، فيعزل الخائن ويسعد

الضعيف بمشارك ، أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه ﴿ بخلاف الوصي ، فان الوصي قد نصبه ورضي بنظره الذي لم يعلم ، وإنما قصر عن الاستقلال فیتعن جبره بالمعين ، وليس له عزله اقتراحاً ، أما الأمين من طرف الحاكم فله عزله كذلك في العجز بطريق أولى .

﴿ ثم ﴾ إذا فرغ من ذلك ﴿ ينظر في الضوال واللقط فيبيع ما يخشى تلفه وما يستوعب نفقته ثمنه ، ويتسلم ما عرفه الملتقط حولاً إن كان شيء من ذلك في يد أمناء الحاكم ﴾ لعدم قبول الملتقط تملكه ولا ائتمانه ، وفي المسالك هو حيثئذ مخير بين أن يحفظها معزولة عن أمثالها في بيت المال وبين أن يخلطها ، فاذا ظهر المالك غرم له من بيت المال ، وهو موقوف على دليله إن كان .

﴿ ويستبيح ﴾ من الضوال واللقط ﴿ ما عدا ذلك مثل الأثمان والجواهر محفوظة على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر ﴾ في كتاب اللقطة (١) من أحكام ذلك وشرائطه ، كالتعريف حولاً ونحوه ، ويقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم ، وإن عرضت حادثة استخلف من ينظر فيها أو فيما هو فيه ولا يؤخرها ، لأن الحبس عقوبة وحاجات الأطفال والغياب ناجزة .

ويستحب له أيضاً حال القضاء أن يكون في أجل هيئة وسكينة ووقار ونحو ذلك مما يناسب ذلك .

﴿ و ﴾ أن ﴿ يحضر من أهل العلم ﴾ بالأحكام الشرعية ﴿ من يشهد حكمه فان أخطأ نبهوه ، لأن ﴾ الانسان محل الخطأ والنسيان ، ولا يعتبر فيهم الاجتهاد ، لأنه ليس المراد تقليدهم ، إذ قد عرفت اعتبار الاجتهاد في القاضي عندهم ، بل المراد الطمأنينة بصحة

ما قضى به ، وقد تحصل بمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد إذا كان من أهل النظر والذكاء : ولا فرق في ذلك بيننا وبين غيرنا في هذا الحكم ، ولذا حكى عنهم ذكره أيضاً في آداب القضاء وإن كان ﴿ المصيب عندنا واحد ﴾ دونهم . فان المصيب عندهم الجميع ، إلا أن ذلك لا مدخلية له في هذا الحكم ، ضرورة أن الإصابة عندهم مع موافقة الاجتهاد للدليل المناسب للحكم ، والمفروض هنا الغفلة عنه ، وأنه إذا نبّه عليه تنبه وعلم أن الدليل الذي اعتمده أولاً غير صحيح بحسب ما يراه .

وبالجملة يراد حضورهم للتنبيه على فساد الاجتهاد إن كان ، وهذا أمر يشترك فيه الجميع ، فان إصابة الواحد إنما هي في نفس الأمر لا في الظاهر ، ومن الجائز أن لا يكون الحكم الذي ينبّه عليه ووجب اتباعه هو الصواب في نفس الأمر ، إلا أن الواجب في الظاهر اتباع الراجح بعد است فراغ الوسع في تحصيل دليله سواء طابق الواقع الذي لا يعلمه إلا الله تعالى شأنه أو لا .

وإلى ما ذكرنا يرجع ما عن ابن الجنيّد من أنه لا بأس أن يشاور الحاكم غيره فيما اشتبه عليه من الأحكام ، فان أخبره بنص أو سنة أو إجماع خفى عليه عمل به ، ضرورة معلومية اعتبار الاجتهاد عندهم ﴿ و ﴾ أنه لا يكفي التقليد . فليس المراد حينئذ إلا أنه ﴿ يخاوضهم فيما يشتهيه من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقررة ﴾ ومحققة ، ليأمن بذلك عن الخطأ في حكم الله تعالى شأنه .

ويمكن أن يريد المصنف استحباب حضورهم حتى مع العلم بصحة الاجتهاد ، لاحتمال خطأ الحكم الواقعي فيه ، فيمكن أن يحصل من أحد منهم ما يرشد إلى ذلك وإن لم يتبين به فساد الاجتهاد ، ومن أن ذلك لا يتم إلا على أصولنا من أن المصيب واحد لا على أصولهم القائلين

صواب كل مجتهد اجتهداً صحيحاً .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ سلو اخطأ فأتلف ﴾ بأن حكم لأحد بمال أو على أحد بقصاص أو نحو ذلك ثم ظهر أن الخطأ في الحكم ولم يكن مقصراً في الاجتهاد ﴿ لم يضمن ﴾ لأنه محسن ﴿ وكان على بيت المال ﴾ بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى ، قال أمير المؤمنين (عليه السلام) في خبر الاصبغ (١) : « ما أخطأه القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين » .

﴿ وإذا تعدى أحد الفريقين ﴾ مثلاً في مجلس القضاء على وجه محرم بأن كذب الشاهد أو نسب إلى القاضي الميل والجور ونحو ذلك نهاه عن المنكر و﴿ عرفه خطاهه برفق ، فإن عاد زجره ، فإن عاد أدبه بحسب حاله مقتصراً على ما يوجب لزوم النمط ﴾ والطريق الشرعي ، إذ هو حينئذ كغيره من المنكر الذي يجب الردع عنه بمراتبه المقررة . نعم لو كان ذلك معه استحب له العفو .

وإن أساء الأدب مع الخصم أو القاضي أو غيرها أو استعمل اللدد أي طلب اليمين من الخصم ثم قطعها عليه وقال : لي بينة سأحضرها ثم يعود إلى الأول وهكذا إيداء وتعتاً عرفه أيضاً طريق الأدب اللائق بمثل ذلك المقام برفق ، وبيّن له فساد ما ارتكبه ، بل في المسالك « فإن نجح، وإلا أغلظ له ، فإن أفاد وإلا جاز تأديبه بما يقتضيه اجتهاده من التوبيخ وإغلاظ القول ونحو ذلك » والله العالم .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الآداب المكروهة ﴾ فهي ﴿ أن يتخذ حاجباً وقت القضاء ﴾ ونحوه من الولايات للنبوي (٢) « من ولي شيئاً من

(١) الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب آداب القاضي - الحديث ١ .

(٢) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٠١ .

الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته وفقره»
بل ربما قيل بالحرمة ، بل عن الفخر أنه قرّبه مع اتخاذه على الدوام ،
بحيث يمنع أرباب الخوائج ويضر بهم ، بل في المسالك « هو حسن لما
فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور » وإن كان الجميع كما
ترى ، ضرورة كون المراد كراهة اتخاذه من حيث كونه حاجباً ، فلا يتنافى
الحرمة من جهة أخرى ، والأمر سهل .

﴿ وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً ﴾ لأنه إنما بني
لذكر الله والصلاة ، ولقوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « جنبوا
المساجد صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم » والحكومة تستلزم
غالباً ذلك ، بل قد تحتاج إلى إحضار الصبيان والمجانين ، بل قد تستلزم
إدخال الحيتض والمشركين ومن لا يتوقى النجاسة .

﴿ و ﴾ لكن لما كان من المعلوم اتفاق وقوعه من النبي (صلى
الله عليه وآله) (٢) وأمير المؤمنين (عليه السلام) (٣) بل دكة القضاء
إلى الآن معروفة قال المصنف : ﴿ لا يكره لو اتفق نادراً ﴾ فيكون
المكروه منه حينئذ الدائم لا مطلقاً ، بل ربما وجب في بعض الأحيان ،
كما لو اتفقت فيه وكان تأخيرها منافياً للضرورة أو لغيرها مما يحرم ، ووافقه
عليه الفاضل .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ في ظاهر المحكي من خلافه ومبسوطه :
﴿ لا يكره مطلقاً التفاتاً إلى ما عرف من قضاء علي (عليه السلام)

(١) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٠٣ .

(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٨ .

(٣) المستدرک - الباب - ١٧ - من إجابات كيفية الحكم - الحديث ٥ و ٧ .

بجامع الكوفة (١) ﴿ بل عن ظاهر المقنعة والنهاية والمراسم والسرائر ، الاستحباب ، لأن القضاء من أفضل الطاعات ، والمسجد من أشرف البقاع ، وعن بعض الكتب (٢) أنه بلغ علياً (عليه السلام) أن شريحاً يقضي في بيته ، فقال : « يا شريح اجلس في المسجد ، فإنه أعدل بين الناس ، وأنه وهن بالقاضي أن يجلس في بيته » .

وقيل - والقائل الصدوق فيما حكى عن الفقيه والمقنع -: يكره عملاً بعموم الأخبار المتقدمة وحملاً للواقع على الضرورة والدلالة على الجواز .

بل قد عرفت في أحكام المساجد من كتاب الصلاة (٣) عن جملة من كتب الأصحاب التصريح فيها بكراهة إنفاذ الأحكام، وإن قيل المراد الحس على الحقوق والملازمة عليها ، لكن يدخل فيه إقامة الحدود، وهي المذكورة معه في الكتب المزبورة .

وقد يقال : إن القضاء من حيث كونه قضاء لا كراهة فيه ، بل لا يبعد رجحانه ، نعم قد يقتزن بما يرجح تركه في المسجد أو يحرم فعله ، وهو خارج عن محل البحث ، وربما كان ذلك أولى بالجمع من غيره ، والله العالم. ﴿ وأن يقضي وهو غضبان ﴾ للنبي (٤) « لا يقضي القاضي وهو غضبان » ولما فيه من المخاطرة في الوقوع في الخطأ معه .

﴿ وكذا يكره مع كل وصف يساوي الغضب في شغل النفس ، كالجوع والعطش والغم والفرح ومدافعة الأخبثين وغلبة النعاس ﴾

(١) البحار - ج ٤٠ ص ٢٧٧ وج ٦٢ ص ١٦٧ .

(٢) المستدرک - الباب - ١١ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ٣ .

(٣) راجع ج ١٤ ص ١١٥ - ١١٧ .

(٤) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ١ وسنن البيهقي ج ١٠ ص ١٠٥

ونحو ذلك . وعنه أيضاً (صلى الله عليه وآله) (١) : « لا يقضي وهو شبعان ريان » وفي آخر : « لا يقضي وهو غضبان مهموم ، ولا مصاب محزون » وفي وصيته (عليه السلام) لشريح (٢) : « ولا تقعد في مجلس القضاء حتى تطعم » وقال (عليه السلام) (٣) له أيضاً : « لا تسار أحداً في مجلسك وإن غضبت فقم . ولا تقضين وأنت غضبان » وفي البحار عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (٤) ما حاصله أنه « مثل عن مسألة فأحجم فليل له : عهدنا بك يا أمير المؤمنين إذا سئلت كنت كالحديدة المحماة ، فقال : كنت حازقاً ، ولا رأي لحازق إلى ثلاثة أيام » الحديث . وقال أبو عبد الله (عليه السلام) (٥) : « لسان القاضي من وراء قلبه ، فإن كان له قال ، وإن كان عليه أمسك » .

نعم إن كان معصوماً من الخطأ مؤيد مسدد لا بأس بقضائه وهو في شيء من هذه الأحوال ، وقد روي (٦) « أن الزبير بن العوام ورجلاً من الأنصار اختصما في شراج الحرة إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقال النبي : اسق زرعك يازبير ثم ارسل الماء إلى جارك ، فقال الأنصاري لرسول الله (صلى الله عليه وآله) : أن كان ابن عمك ، فاحتر وجهه وقال له : اسق زرعك يازبير ثم احبس الماء حتى يبلغ أصول الجدر » فقضى (صلى الله عليه وآله) بعد غضبه للزبير باستيفاء تمام حقه بعد أن

(١) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٠٦ وفيه « لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان » .

(٢) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ١ .

(٣) و (٥) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ٢ .

(٤) البحار - ج ٢ ص ٥٩ - ٦٠ وج ٤٢ ص ١٨٧ عن أمالي الشيخ الطوسي (ج ٢ ص ١٢٨ ط النجف) وفي الموارد الثلاثة هكذا : « فقال : كنت حازقاً ، ولا رأي لثلاثة : لا رأي لحازق ولا حازق . . . »

(٦) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٢ .

كان قد استنزله عن بعضه ، وربما استثنى لذلك بعضهم مطلق الغضب لله تعالى ، والأولى ما ذكرنا ، لأنه على كل حال يشوش الذهن .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ ولو ﴾ قضي والحال هذه نفذ إذا وقع حقاً ﴿ بلا خلاف ، للعمومات السالمة عن المعارض بعد حمل النصوص السابقة على الكراهة ، لقصورها من وجوه عن الحرمة .

﴿ وأن يتولى البيع والشراء لنفسه ﴾ في مجلس الحكم وغيره مع من يعلم أنه يحاسبه وغيره ، لقوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « ما عدل وال اتجر في رعيته أبداً » بل في آخر « لعن إمام يتجر في رعيته ، ولما في ذلك من تشويش البال واحتمال المحاباة المقتضى ميل قلبه وخوف خصم من عامله من ميل القاضي والتهمة وغير ذلك .

بل الظاهر إلحاق غير البيع والشراء من المعاملات بهما ، بل قيل : يكره له النظر في نفقة عياله وضيعته ونحو ذلك مما يشغل قلبه ، وعينئذ فالأولى توكيل من لا يعرف أنه وكيله ، وعن المناقب لأخطب خوارزم عن أبي مطر (٢) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) « أنه أتى سوق الكرابيس فقال : يا شيخ أحسن بيعي في قميصي بثلاث دراهم ، فلمّا عرفه لم يشتر منه ، ثم أتى إلى آخر فلمّا عرفه لم يشتر منه ، فأتى غلاماً حدثاً فاشترى منه قميصاً بثلاثة دراهم » .

﴿ وكذا ﴾ يكره له أيضاً أن يتولى ﴿ الحكومة ﴾ بأن يقف بنفسه مع خصمه عند قاضٍ آخر ، وروي (٣) « أن علياً (عليه السلام)

(١) الجامع الصغير للسيوطي ج ٢ ص ١٤٦ وذكره ابن قدامة في المغني ج ١١ ص ٤٣٩ .

(٢) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٠٧ .

(٣) ورد في نهج البلاغة عنه (عليه السلام) : « أن للخصومة قهراً » وقال -

وكل عقيلاً في خصومة ، وقال : إن للخصومة قحماً ، وإنني لأكره أن أحضرها ، وما اتفق وقوعه منه (عليه السلام) (١) أو من النبي (صلى الله عليه وآله) (٢) إنما كان لبيان بعض الأحكام الشرعية التي أخطأ فيها من نصب نفسه قاضياً للناس أو لغير ذلك من المصالح .

﴿ وأن يستعمل الانقباض ﴾ في وجوه الخصوم ﴿ المانع من اللحن بالحجة ﴾ والتفطن بها وتحريرها على وجه الكمال .

﴿ وكذا يكره ﴾ له ﴿ اللين الذي لا يؤمن معه جرأة الخصوم ﴾ ويفضي إلى سقوط محله عن القلوب .

﴿ ويكره ﴾ له أيضاً ﴿ أن يرتب الشهادة (٣) قوماً ﴾ مخصصين ﴿ دون غيرهم ﴾ لما فيه من التضييق على الناس ﴿ و ﴾ الغضاضة على غيرهم من العدول .

بل ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي المبسوط : ﴿ يحرم ﴾ ذلك ﴿ لاستواء العدول في موجب القبول ، ولأن في ذلك مشقة على الناس بما يلحق من كلفة الاختصار ﴾ قال : « لا يجوز للحاكم أن يرتب شهوداً يسمع شهادتهم دون غيرهم ، بل يدع الثمس ، وكل من شهد عنه فإن عرفه وإلا سأل عنه على ما قلناه ، وقيل : إن أول من رتب شهوداً لا يقبل غيرهم اسماعيل بن إسحاق القاضي المالكي ، والصحيح ما قلناه ، لأن الحاكم إذا رتب قوماً فأنما يفعل هذا بمن هو عدل عنده

— ابن أبي الحديد في شرحه ج ١٩ ص ٢٦٠ ط مصر : « هذه الكلمة قالها أمير المؤمنين

(عليه السلام) حين وكل عبد الله بن جعفر في الخصومة عنه وهو شاهد » .

(١) الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٦ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٨ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٣) وفي الشرائع « للشهادة » .

وغير من رتبة كذلك مثله أو أعدل منه ، فإن كان الكل سواء لم يجوز أن يخص بعضهم بالقبول دون بعض ، ولأن فيه مشقة على الناس لحاجتهم إلى الشهادة في الحقوق في كل وقت من نكاح وطلاق وغصب وقتل وغير ذلك ، فإذا لم يقبل إلا قوماً دون قوم شق على الناس ، ولأن الشاهد إذا علم أنه لا يقبل إلا قول غيره ربما تقاعد عنها حتى يأخذ الرشوة ، ولأن فيه إبطال الحقوق ، فإن كل من له حق لا يقدر على إقامة البينة به ممن كان مقبول الشهادة راتباً لها دون غيرهم ، فاما أن يرتب قوماً عرف عدالتهم وسكن إليهم يسمع قولهم ويقبل شهادتهم ، فإذا شهد عنده بالحق غيرهم بحث عنهم ، فإذا تزكوا حكم بذلك فلا بأس به .

ومن ذلك يعلم أن الشيخ غير مخالف في مفروض المتن ، ضرورة أنه لا إشكال في حرمة الترتيب على وجه لا يسمع غيرهم وإن جمع شرائط قبول الشهادة ، كما لا إشكال في جواز ترتيب أناس لتحمل الشهادة وإن قبل شهادة غيرهم أيضاً ، وهو الذي أشار إليه أخيراً ؛ لكن لا يخلو من مرجوحية ، لاحتمال التهمة والرشوة وغير ذلك .

ومن هنا قال في كشف اللثام بعد حكاية ما سمعته عنه « والحق أن ما تضمنه هذا الكلام من قهر الناس على أن لا يحملوا الشهادة سوى من عينهم لها أو عدم سماع شهادة غيرهم من العدول مع معرفته باجتماع شرائط القبول وتمكنه من المعرفة فلا شبهة في حرمة ، وإنما المكروه أن يرتب قوماً لتحمل الشهادة من غير قهر ولا رد لشهادة غيرهم ، ومرجعه إلى ما ذكرناه .

﴿ وهنا مسائل : ﴾

﴿ الأولى : ﴾

لا خلاف بيننا معتد به في أن ﴿ الامام (ع) يقضي بعلمه مطلقا ﴾ في حق الله وحق الناس ، بل في محكي الانتصار والغنية والايضاح ونهج الحق وغيرها الاجماع عليه ، وهو الحجة مضافاً إلى قول علي (عليه السلام) لشريح لما تخاصم مع من عنده درع طلحة (١) : « ويلك أو ويحك إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على أعظم من هذا » .
ولقوله تعالى (٢) : « يادادود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق » . وقال (٣) : « أن تحكموا بالعدل » . وقال (٤) : « وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط » ومن حكم بعلمه فقد حكم بالحق والعدل والقسط .

ولقول الصادق (عليه السلام) في خبر الحسين بن خالد (٥) :
« الواجب على الامام إذا نظر إلى رجل بزني أو يشرب خمرأ أن يقيم عليه الحد ، ولا يحتاج إلى بيعة مع نظره ، لأنه أمين الله في خلقه ، وإذا نظر إلى رجل يسرق فالواجب عليه أن يزجره وينهاه ويمضي ويدعه : قال : فقلت : كيف ذاك ؟ فقال : لأن الحق إذا كان لله تعالى فالواجب

(١) الوسائل - الباب - ١٤ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٦ .

(٢) سورة ص : ٣٨ - الآية ٢٦ .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٥٨ .

(٤) سورة المائدة : ٥ - الآية ٤٢ .

(٥) الوسائل - الباب - ٣٢ - من ابواب مقدمات الحدود - الحديث ٣ من كتاب الحدود .

على الامام إقامته ، وإذا كان للناس فهو للناس .
ولوجب تصديق الامام في كل ما يقوله وكفر مكذبه ، ولذا قتل
أمير المؤمنين (عليه السلام) خصم النبي (صلى الله عليه وآله) لما
تخاصما إليه في الناقة وثمنها (١) وهو يقتضي وجوب الخروج من حق
ينخر به الامام ، وهو يقتضي وجوب إخبار الامام به ، وإلا لأدى إلى
ضياع الحق ، هذا مع براءة ساحة الامام (عليه السلام) لعصمته عن التهمة .
خلافاً لما حكاه السيد عن أبي علي . فلم يجوزته مستدلاً بأن الله تعالى
أوجب للمؤمنين فيما بينهم حقوقاً أبطلها فيما بينهم وبين الكفار المرتدين
كالوارث والمناكح وأكل الذبائح ووجدنا الله قد اطلع رسوله (صلى
الله عليه وآله) على من كان يبطن الكفر ويظهر الاسلام ، فكان يعلمه
ولم يبين أحوالهم لجميع المؤمنين فيمتنعوا من مناكلتهم وأكل ذبائحهم .
ودفعه السيد بمنع أن الله تعالى قد اطلعه عليهم بأعيانهم ، قال :
« فان استدل على ذلك بقوله تعالى (٢) « ولو نشاء لأريناكم فلعرفتهم
بسيماهم ، ولتعرفنهم في لحن القول » فهذا لا يدل على وقوع التعريف ،
وإنما يدل على القدرة عليه ، ومعنى قوله : « ولتعرفنهم في لحن القول »
أي يستقر ظنك أو وهمك من غير ظن ولا يقين - قال - : ثم لو سلمنا
اطلاعه على ذلك لم يلزم ما ذكره ، لأنه غير ممنوع أن يكون تحريم
المناكحة والموارثة وأكل الذبائح إنما يختص بمن أظهر كفره وورثته دون
من أبطنها ، وأن تكون المصلحة التي بها يتعلق التحريم والتحليل اقتضت
ما ذكرنا ، فلا يجب على النبي (صلى الله عليه وآله) أن يبين أحوال
من أبطن الردة والكفر لأجل هذه الأحكام التي ذكرناها ، لأنها تتعلق

(١) الوسائل - الباب - ١٨ من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) سورة محمد (ص) : ٤٧ - الآية ٣٠ .

بالمبطن والمظهر لا على سواء ، وليس كذلك الزنا وشرب الخمر والسرقة ، لأن الحد في الأمور يتعلق بالمظهر والمبطن على سواء .

هذا كله في الامام (عليه السلام) وغيره من القضاة بقضي بعلمه في حقوق الناس قطعاً وفي حقوق الله تعالى على قولين : أصحها القضاء وفي الانتصار والغنية ومحكي الخلاف ونهج الحق وظاهر السرائر الإجماع عليه ، وهو الحجة .

مضافاً إلى ما ذكرناه من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم أو إيقاف الحكم ، وهما معاً باطلان ، وذلك لأنه إذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً مثلاً بحضرتها ثم جحد كان القول قوله مع يمينه ، فان حكم بغير علمه وهو استخلافه وتسليمها إليه لزم فسقه ، وإلا لزم إيقاف الحكم لا لموجب .

واستلزامه أيضاً عدم وجوب إنكار المنكر وعدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه ، والأول معلوم البطلان فتعين الثاني ، وذلك لأنه إذا علم بطلان قول أحد الخصمين فان لم يجب عليه منعه عن الباطل لزم الأول وإلا ثبت المطلوب .

مضافاً إلى ظهور كون العلم أقوى من البينة المعلوم لإرادة الكشف منها . وإلى تحقق الحكم المعلق على عنوان قد فرض العلم بمحصله ، كقوله تعالى (١) : « السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » . و « الزانية والزاني » (٢) إلى آخرها . والخطاب للحكام فاذا علموا تحقق الوصف وجب عليهم العامل ، فان السارق والزاني تلبس بهذا الوصف لا من أقر به أو قامت عليه به البينة ، وإذا ثبت ذلك في الحدود ففي غيره بطريق أولى .

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ٣٨ .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٢ .

كل هذا وفي الانتصار هـ فان قيل : كيف تستجيزون إدعاء الاجماع وأبو علي بن الجنيد يصرح بالخلاف ويذهب إلى أنه لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شيء من الحقوق والحدود ؟ قلنا : لا خلاف بين الامامية في هذه المسألة ، وقد تقدم إجماعهم ابن الجنيد وتأخره ، وإنما عرل ابن الجنيد على ضرب من الرأي والاجتهاد ، وخطاؤه ظاهر ، وكيف يخفى إطباق الامامية على وجوب الحكم بالعلم ؟ وهم ينكرون توقف أبي بكر عن الحكم لفاطمة بنت رسول الله (عليها السلام) بفدك لما ادعت أنحلها أبوها ، ويقولون : إذا كان عالماً بعصمتها وطهارتها وأنها لا تدعي إلا حقاً فلا وجه لمطالبتها باقامة البينة ، لأن البينة لا وجه لها مع العلم بالصدق ، فكيف خفي على ابن الجنيد هذا الذي لا يخفى على أحد ؟ - ثم ذكر الانتجار التي سمعتها ثم قال - : فمن يروي هذه الأخبار مستحسناً لها معوّلاً عليها كيف يجوز أن يشك في أنه كان يذهب إلى أن الحاكم يحكم بعلمه لو لا قلة تأمل ابن الجنيد ؟ . وتبعه غيره في شدة الإنكار على ابن الجنيد في عدم جواز القضاء بالعلم .

ولكن الانصاف أنه ليس بتلك المكانة من الضعف ، ضرورة أن البحث في أن العلم من طرق الحكم والفصل بين المتخاصمين ولو من غير المعصوم في جميع الحقوق أو لا ، وليس في شيء من الأدلة المذكورة - عدا الاجماع منها - دلالة على ذلك ، والأمر بالمعروف ووجوب إيصال الحق إلى مستحقه بل كون العلم حجة على من حصل له يترتب عليه سائر التكاليف الشرعية لا يقتضي كونه من طرق الحكم ، بل أقصى ذلك ما عرفت ، وأنه لا يجوز له الحكم بخلاف علمه ، بل لعل أصالة عدم ترتب آثار الحكم عليه يقتضي عدمه .

كما أن قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » كذلك أيضاً ، بل ظاهر الحصر في صحيح هشام (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان ، وبعضكم ألحن بحجته من بعض » كذلك ، وكذا قول أمير المؤمنين (عليه السلام) في خبر اسماعيل بن أبي أويس (٣) : « جميع أحكام المسلمين على ثلاثة : شهادة عادلة أو يمين قاطعة أو سنة جارية مع أئمة هدى » وكذا الخبر الآخر عنه (عليه السلام) (٤) إلى غير ذلك من النصوص الظاهرة في حصر طريق الحكم بالمعنى المزبور بالبينة واليمين .

وأقصى ما يخرج منها المعلوم كذبها ولو لمخالفتها لعلمه ، فلا يحكم حينئذ بها ، وهو لا يقتضي الحكم بعلمه وأنه أحد طرق للفصل كالبينة ، بل هو أقوى ، ألهم إلا أن يحمل ذلك كله على ما هو الغالب أو الظاهر منها في صورة عدم العلم ، خصوصاً مع ملاحظة إجماع الأصحاب ، ويمنع الأصل المزبور باطلاق ما دل على قبول الحكم بالعدل ، كما في كل شرط يشك في توقف القبول عليه .

ومنه مع الإجماع المحكي مستفيضاً المعتضد بالتتابع يظهر حينئذ ضعف المحكي عنه من عدم جواز الحكم بالعلم مطلقاً للامام وغيره في حق الله وحق الناس . وفي المسالك عن مختصره الأحمدي من جواز الحكم في حدود الله دون

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٥ - والباب - ٢٥ - منها

الحديث ٣ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٦ بطريق الفصالح .

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٦ .

حق الناس ، والمحكى عن ابن حمزة عكس ذلك ، وعن حدود النهاية « إذا شاهد الامام من يزني أو يشرب الخمر كان عليه أن يقيم الحد ، ولا ينتظر مع مشاهدته قيام البينة والاقرار ، وليس ذلك لغيره ، بل هو مخصوص به ، وغيره وإن شاهد يحتاج إلى أن يقوم بينة أو إقرار من الفاعل » . مع أنه لم نجد للجميع مستنداً صالحاً غير ما عرفت سوى اقتضاء ذلك التهمة - التي قد تحصل أيضاً مع البينة وتركية النفس الحاصلة بالجلوس في منصب القضاء - والنزوي في قضية الملاعة (١) « لو كنت راجماً من غير بينة لرجعتها » التي لم يثبت صحتها في طرقنا ، ودعوى بناء حدود الله المسامحة والستر الممنوعة بعد الثبوت بالعلم .

﴿ و ﴾ حيثئذ فلا إشكال في المسألة ، فـ ﴿ سيجوز ﴾ له ﴿ أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد ﴾ يشهد بالحق معه ﴿ يشهد الحكم ﴾ أي يحضره ، كما عن الحسن بن حي قال في الحدود : « إن علم بعد القضاء - أي بعد تولي منصب القضاء - فلا يقضي حتى يشهد معه ثلاثة ، وفي غيره واحد » وعن الأوزاعي « أنه يشهد معه رجل آخر في القذف حتى يحدّه » وقال الليث : « لا يحكم في حقوق الناس حتى يشهد معه آخر » وقال ابن أبي ليلى : « من أقر عند القاضي بدين في مجلس الحكم فالقاضي لا ينفذ ذلك حتى يشهد معه آخر » إلى غير ذلك من أقوالهم المبنية على الرأي والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة . هذا ولكن لا يخفى عليك قصور العبارة عن تأدية المعنى المزبور بناءً على كون المراد بها الإشارة ، ضرورة عدم مدخلية شهادة الحكم في ذلك بمعنى حضوره ، إذ المراد شاهد آخر بالحق مع الحاكم حضر الحكم أو لم يحضره .

كما أن ما في قواعد الفاضل من استحباب ذلك رفعا للتهمة لم نتحقق دليله، بل لا يخلو من منع إن أراد جواز الامتناع من الحاكم إذا لم يكن غيره ، والله العالم .

وعلى كل حال ففي المسالك استثناء صور من القضاء بالعلم حتى على القول بالمنع : (منها) تركية الشهود وجرحهم لثلاث يلزم الدور أو التسلسل ، و (منها) الاقرار في مجلس القضاء وإن لم يسمعه غيره ، وقيل يستثنى إقرار الخصم مطلقا ، و (منها) العلم بخطأ الشهود يقيناً أو كذبهم ، و (منها) تعزير من أساء أدبه في مجلسه وإن لم يعلم غيره ، لأنه من ضرورة إقامته أبهة القضاء ، و (منها) أن يشهد معه آخر ، فإنه لا يقصر عن شاهد .

ولا يخلو الأخير منها من نظر ، لعدم وضوح دليل الاستثناء فيه مع فرض عدم جواز القضاء بالعلم ، بل والثاني إذا كانت الدعوى لإقراره ، والفرض تعقيبه له بالانكار ولم يسمعه منه إلا الحاكم ، فإن طريق ثبوته حيثئذ ليس إلا البينة ، اللهم إلا أن يقال : إن الاقرار حتى في الفرض أحد طرق الحكم كسماع البينة ، فتأمل جيداً .

ثم إن الظاهر إرادة الأعم من اليقين والاعتقاد القاطع ولو من تكثير أمارات من العلم ، لكون الجميع من الحكم بالحق والعدل والقسط عنده ولغير ذلك مما سمعته من أدلة المسألة وإن كان هذا الفرد من العلم مما يمكن فيه البحث نحو ما ذكره في الشاهد ، وليت المانع اقتصر عليه في غير الامام باعتبار احتمال كونه خطأ عند غير القاطع ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿ إذا أقام المدعي بيئة ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعي حبس المنكر ليعدها قال الشيخ (رحمه الله) ﴾ في محكي المبسوط :
 ﴿ يجوز حبسه لقيام البيئة بما ادعاه ﴾ وربما تبعه جماعة بناءً منهم على الاكتفاء في ثبوت الحق بالبيئة التي لم يعلم فسقها وإن كان قد يطلب تزكيتها لاستراية الحاكم أو التماس الغريم أو للاستظهار أو لنحو ذلك .
 ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه إشكال ﴾ بل منع بناءً على المختار ﴿ من حيث ﴾ عدم ثبوت الحق إلا بالبيئة العادلة ، ضرورة أنه ﴿ لم يثبت ﴾ حينئذ ﴿ بتلك البيئة ﴾ المفروضة ﴿ حق يوجب العقوبة ﴾ التي منها الحبس ولا المطالبة بكفيل أو رهن ، كما هو واضح .
 ودفع ذلك ببعض الاعتبارات والاستحسانات مما لا ينطبق على أصولنا ، والبناء على أصالة العدالة يوجب حكم الحاكم ، فتخرج المسألة عن الفرض ، بل لا يخفى عليك في المحكي عن الشيخ من عدم الالتئام ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ أو قضى الحاكم على غريم ﴾ مثلاً ﴿ بضمان مال وأمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثاني ﴾ يجب عليه أن ﴿ ينظر ﴾ في حكم الأول ، لاحتياج الاستيفاء منه إلى مسوغ ﴿ فإن كان الحكم الأول ﴾ موافقاً ﴿ للحق لزم وإلا أبطله ، سواء كان مستند الحكم ﴾ الثاني ﴿ قطعياً ﴾

كإجماع أو خبر متواتر ﴿ أو اجتهادياً ﴾ كخبر الواحد ومنصوص العلة ونحوه وقد أخطأ الأول في الاجتهاد ، لأنه يكون حينئذ الأول من الحكم بغير ما أنزل الله تعالى .

﴿ وكذا كل حكم قضى به الأول ﴾ غير المفروض ﴿ وبأن الثاني فيه الخطأ ﴾ ولو لفساد الاجتهاد من الأول ﴿ فإنه ينقضه ، وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ ﴾ على نحو ما سمعته في غيره ﴿ فإنه يبطل الأول ويستأنف الحكم بما علمه ﴾ لما عرفت .

هذا ولكن قد يشكل وجوب النظر في الأول - وإن جزم به في المسالك ، بل ظاهريهم المفروغية منه عند ذكرهم من الأدب النظر في المحبوسين - بأن ذلك من آثار الحكم الأول الذي قد أمرنا بعدم رده بعد حمله على الوجه الصحيح ، فهو حينئذ كالتصرف بالمال الذي قد أخذ بحكمه من غير فرق بين الدار وغيرها .

على أنه لا إشكال في ثبوت الحق بحكم الحاكم ، فلا يجوز له النظر مع امتناع من له الحق عن المرافعة ، لانقطاع دعواه بحكومة الأول فضلاً عن أن يجب عليه ، بل ربما يتوهم عدم محل للدعوى وإن تراضى الخصمان بتجديدها عند الحاكم الثاني ، وإن كان الأقوى خلافه ، بل الأقوى نفوذ حكمه وإن اقتضى نقض الأول ولو لدليل اجتهادي يعذر فيه .

ويمكن حمل عبارة المصنف على هذا أو على معنى ثبوت الحق بحكم حاكم عند حاكم آخر ، لأن أقصاه إلزام الخصم بمقتضى البيعة التي قامت عنده مثلاً ، ومثله لا يكون مثبتاً للحق عند غيره ، وعدم جواز الرد عليه مع عدم العلم بفساده لا يقتضي تحقق الموضوع الذي يتوقف عليه مباشرة الثاني لاستيفاء الحق الذي هو من ولاية القضاء بالمعنى الأعم ، فليس له حينئذ ذلك إلا بعد ثبوت كونه مستحقاً عليه عنده ، وليس في

الأدلة أزيد من حرمة الردّ ومن الإنكار على الراد له ونحو ذلك مما لا دلالة فيه على ثبوت الحق عند الثاني على وجه يكون ولياً على استنفاذه. ولكن لا يخفى عليك منافاة ذلك لما تسمعه من وجوب التنفيذ على الحاكم حكم آخر ، بل هو إنشاء حكم من الحاكم الثاني بالزام الأول حتى لو خالف رأيه ، ودعوى أن المفروض عدم انتهاء الحكم فيه من الأول يدفعها ظهور العبارة في خلافها ، ضرورة كون حبسه لاستنفاذ الحق منه ، فلا محيص عن حمل العبارة على إرادة النظر إن شاء ، لا وجوبه أر نحو ذلك .

وحينئذ لا يحتاج إلى التقييد بفساد الاجتهاد الأول لتقصير ونحوه، بل له نقضه مع تراضيها بتجديده أو كان مما يلزم الحاكم الثاني تجديده لإرادة ثبوت العنوان عنده وإن كان اجتهاد الأول صحيحاً . بل وكذا عبارة الارشاد « وكل حكم ظهر بطلانه فانه ينقضه ، سواء كان هو الحاكم أو غيره ، وسواء كان مسند الحكم قطعياً أو اجتهادياً » بل وما في القواعد « الأقرب أن كل حكم ظهر له أنه خطأ سواء كان هو الحاكم أو السابق فانه ينقضه ويستأنف الحكم بما علمه » بناءً على ما فهمه الشهيد من إرادة الأعم من القطع والظن بظهور الخطأ ، وسواء كان الأول عن اجتهاد صحيح أو لا .

ولعل الداعي لهم على حمل نحو عبارة المصنف وما شابهها على ما عرفت من فساد الاجتهاد - حتى جزم به المحقق الأردبيلي حاملاً لعبارة الدروس عليه التي أشكلها في المسالك مع حمله عبارة المصنف وغيرها على إرادة فساد الاجتهاد ، وتبعه في كشف اللثام ، وإن أشكل الفرق بين الاجتهاد الصحيح وغيره ، خصوصاً في هذه الأزمنة التي تكثرت فيها الأمارات حتى أنه ربما يطرح الخبر الصحيح في مقابلة الأصل ونحوه - هو أنها

منافية في الظاهر لما هو المعلوم - بل حكى عليه الاجماع بعضهم - من عدم جواز نقض الحكم الناشئ عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك ، وإنما يجوز نقضه بالقطعي من إجماع أو سنة متواترة أو نحوهما .

بل عن الشيخ أن الحكم خطأً ولو بمخالفة القاطع لم ينقض إذا كان حقاً للناس ، لأن صاحب الحق ربما أسقط حقه ، نعم ينقض إذا كان حقاً لله عز وجل ، كالعتق والطلاق ، وبه أفتى الفاضل في القواعد أولاً وإن كان فيه ما عرفت من عدم الاجماع على عدم جواز النقض فيما ذكرناه من الفرض .

وقد يناقش الشيخ بأن له الرئاسة العامة المقتضية للخطاب باظهار الحق وتأنيده وردّ الباطل وإفساده من غير فرق بين الجميع ، نعم لو رضي المحكوم عليه بعد ظهور بطلان الحكم عليه ببذل ماله لمن في يده المال مثلاً فلا بأس ، لأن الناس مسيطون على أموالهم ، ومجرد احتمال رضاه لا يرفع الخطاب باظهار الحق وتدمير الباطل كما وقع منهم (عليهم السلام) وخصوصاً أمير المؤمنين (عليه السلام) في قضايا متعددة وقعت من حكّام الجور في زمانه (١) .

نعم قد يقال : إن ذلك كله مع المخالفة للدليل العلمي الذي لا مجال للاجتهاد فيه ، ولكن وقع الحكم من الأول غفلةً عنه أو جوراً أو نحو ذلك ، أما القطعي النظري كاجماع استنباطي وخبر محفوف بقرائن وتكثير أمارات ونحو ذلك مما يمكن وجود عكسها عند الأول كما نراه بالعيان بين العلماء وخصوصاً في دعوى الاجماع فلا يبعد عدم جواز النقض به في غير ما فرضناه ، ضرورة اندراج حكم الأول في الأدلة المقتضية لنصبه ،

(١) الوسائل - الباب - ١٤ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٦ والباب - ٢١ - منها

فان المدار في صحته على معرفة حكمهم بالاجتهاد الصحيح الذي هو أهم من القطع النظري والظن ، واحتمال الاصابة للواقع في المقطوع بها عند الحاكمين أو أحدهما لكل منها متحقق للشئ في حد ذاته وإن لم يكن محتملاً عند القاطع ، إلا أنه هو حاكم بصحته في حق الحاكم الآخر ومن ترفع إليه من حيث ظهور دليل حجية اجتهاده في ذلك ، فلو نقضه حينئذ لكان ناقضاً لحكمه نفسه الذي استفاده من دليل صحة الاجتهاد ، فلا يبعد القول بعدم جواز النقض أيضاً بالقطع النظري كالظني ، لأنها عند التأمل متحdan فيما قلناه ، ويختص النقض به في الفرض الأول الذي مرجعه إلى عدم اجتهاد صحيح ، بل له نقضه إذا كان كذلك في الظني أيضاً ، ضرورة ظهور دليل صحة الحكم وحرمة الردّ عليه فيما إذا كان عن اجتهاد صحيح وإن ظن الحاكم الثاني خطاه أو قطع بدليل قطعي نظري.

وقد بان لك من جميع ما ذكرنا أن الحكم ينقض ولو بالظن إذا تراضى الخصمان على تجديد الدعوى وقبول حكم الحاكم الثاني ، وينقض إذا خالف دليلاً علمياً لا مجال للاجتهاد فيه أو دليلاً اجتهادياً لا مجال للاجتهاد بخلافه إلا غفلة ونحوها ، ولا ينقض في غير ذلك ، لأن الحكم بالاجتهاد الصحيح حكمهم ، فالراد عليه راد عليهم (عليهم السلام) والراد عليهم على حد الشرك بالله تعالى من غير فرق بين اقتضائه نقض فتوى وعدمه للاطلاق . ومن هنا جاز نقض الفتوى بالحكم دون العكس .

والمراد بنقضها إبطال حكم الكلي في خصوص الجزئي الذي كان مورد الحكم بالنسبة إلى كل أحد ، من غير فرق بين الحاكم ومقلدته وبين غيرهم من الحكام المخالفين له ومقلدتهم ويبطل حكم الاجتهاد والتقليد في خصوص ذلك الجزئي .

كما أنه لا فرق في ذلك بين العقود والايقاعات والحلل والحرمة

والأحكام الوضعية حق الطهارة والنجاسة ، فلو ترفع شخصان على بيع شيء من المائعات وقد لاقى عرق الجنب من زنا مثلاً عند من يرى طهارته فحكم بذلك كان طاهراً مملوكاً للمحكوم عليه وإن كان مجتهداً يرى نجاسته أو مقلد مجتهد كذلك لاطلاق ما دل (١) على وجوب قبول حكمه وأنه حكمهم (عليهم السلام) والراد عليه راد عليهم ، ويخرج حينئذ هذا الجزئي من كلي الفتوى بأن المائع الملاقي عرق الجنب نجس في حق ذلك المجتهد ومقلدته . وكذا في البيوع والأنكحة والطلاق والوقوف وغيرها، وهذا معنى وجوب تنفيذ الحاكم الثاني ما حكم به الأول وإن خالف رأيه ما لم يعلم بطلانه .

وأما عدم نقض الحكم بالفتوى حتى من ذلك الحاكم لو فرض تغير رأيه عن الفتوى بعد حكمه في جزئي خاص فلاصالة بقاء أثر الحكم وظهور أدلته في عدم جواز نقضه مطلقاً ، وعدم اقتضاء دليل الفتوى أزيد من العمل بأفراد كلي متعلقها من حيث إنها كذلك ، فلا تنافي خروج بعض أفرادها بالحكم لدليلها ، بل لعله ليس من متعلق كليها المراد به ما حدا المحكوم عليه من أفرادها .

نعم هي إنما تنقض بالفتوى على معنى بطلان الفتوى برجوع صاحبها عنها فيما لم يعمل به من أفرادها ، أما ما عمل به فيه منها فلا نقض فيما لا يتصور النقض فيه ، كما إذا كان فعلاً قد فعله أو مالاً أكله أو شربه ، بل لو كان من الأفعال التي لها قضاء أو إعادة كالصلاة ونحوها مما يندرج في قاعدة الاجزاء وغيرها فلا نقض فيه مع فرض كون الثانية ظنية أيضاً ، بل لو عمل بالفتوى مما يقتضي الاستمرار والبقاء لم ينقض بالتغير ، كما لو تزوج امرأة ارتضعت معه عشر رضعات بفتوى عدم نشرها الحرمه

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ .

ثم رجع المفتي عن ذلك لم يبطل نكاحه وإن كان لا يجوز له تزويج امرأة أخرى كذلك إذا كان مقلداً له في ذلك ، لأن العقد مقتضى دوام النكاح قد وقع بالفتوى الأولى التي لم يعلم بطلانها ، فأثار حكم العقد باقية على حالها ، للأصل وغيره إلا إذا تعقبه حكم بالفسخ ، لما عرفت من نقض الفتوى به . وهكذا كل ما كان من هذا القبيل من الأسباب المستقلة بدليل على لزومها بمجرد عدم العلم بفسادها ، فتبقى حينئذ على ذلك وإن تغير رأي المجتهد ، فانه لا دليل على الفسخ به ، بل حاصل الأدلة خلافه كما بينى على قاعدة الاجزاء مثل الصلاة والغسل والوضوء .

بل قد يقال : إن غسل النجاسة أيضاً كذلك وإن كان لا يخلو من نظر وبحث ، ضرورة عدم مقتضى للدوام فيه ، بل هو تابع لظن المجتهد ما دام باقياً ، فلو غسل مثلاً شيئاً بالماء القليل الملاقى للنجاسة بفتوى عدم تنجسه بذلك ثم تغير رأيه وجب تجديد الغسل ، لأن طهارة المغسول به مقيدة بما دام ظن المجتهد كذلك ، فهو حينئذ كالماء نفسه وهكذا . بل قد يقال في نحو الوضوء به بوجوب تطهير اليد وإن قلنا بصحة الوضوء به ، اللهم إلا أن يمنع ذلك لقاعدة العسر والحرج ، خصوصاً فيما لو بنى به مثلاً مسجداً ونحوه إلا أن ذلك كما ترى .

أما الفتوى بطهارة شيء للأصل مثلاً ثم تغير رأيه إلى النجاسة فلا إشكال في وجوب اجتنابه عليه ، لعدم استناد الطهارة المفتى بها أولاً إلى سبب يقتضى بقاءها .

وما عن العميدي من الإجماع على النقض في نحو نكاح المرتضعة لم نتحققه ، بل لعله على العكس ، كما هو مقتضى السيرة مضافاً إلى ما عرفت ، وحينئذ فالمراد بنقضها في نحو الفرض بطلان العمل بها في جميع المتجدد من أفرادها ، وأما ما وقع فلا نقض فيه .

ومن ذلك كله بان لك الحال في الصور الأربعة : وهي نقض الفتوى بالفتوى وبالحكم ونقض الحكم بالفتوى وبالحكم .
ولكن بقي الكلام في الفرق بينها ، والظاهر أن المراد بالأولى الاخبار عن الله تعالى بحكم شرعي متعلق بكلي ، كالقول بنجاسة ملاقي البول أو الخمر ، وأما قول هذا القدر نجس لذلك فهو ليس فتوى في الحقيقة وإن كان ربما يتوسع باطلاقها عليه ، وأما الحكم فهو إنشاء إنفاذ من الحاكم لأمته تعالى لحكم شرعي أو وضعي أو موضوعي في شيء مخصوص .
ولكن هل يشترط فيه مقارنته لفصل خصومة كما هو المتيقن من أدلته ، لا أقل من الشك ، والأصل عدم ترتب الآثار على غيره ، أو لا يشترط ، لظهور قوله (عليه السلام) (١) : « إني جعلته حاكماً » في أن له الإنفاذ والالزام مطلقاً ، ويندرج فيه قطع الخصومة التي هي مورد السؤال ومن هنا لم يكن إشكال عندهم في تعلق الحكم بالهلال والحدود التي لامخاصة فيها .
وعليه حينئذ فإذا أريد الالزام بشيء وإنفاذه على وجه تنقطع عنه الخصومات الآتية من حيث الاختلاف في الاجتهاد أنشأ الحاكم إنفاذ تلك الخصومة منه على وجه تكون كما لو وقع النزاع فيها ، فإذا أنشأ الحكم بصحة تزويج المرتضعة معه عشر رضعات مثلاً لم يكن لها بعد ذلك الخصومة من هذه الجهة فتأمل .

ثم إن الفاضل في القواعد قال : « صورة الحكم الذي لا ينقض أن يقول الحاكم : قد حكمت بكذا أو قضيت أو نفذت الحكم بكذا أو أمضيت أو ألزمت أو ادفع إليه ماله أو اخرج من حقه أو يأمره بالبيع وغيره ، ولو قال : ثبت عندي أو ثبت حقك أو أنت قد قمت بالحجة أو أن دعواك ثابتة شرعاً لم يكن ذلك حكماً ، ويسوغ إبطاله » .

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ .

ج ٤٠ (هل يجب على المجتهد عند تغير رأيه إعلام مقلديه ؟) - ١٠١ -

وفي الدروس يقول : « حكمت أو قضيت أو أنفدت أو أمضيت أو ألزمت ، وقيل : يكفي ادفع إليه ماله أو اخرج إليه من حقه ، أو يأمره بأخذ العين وبيعها ، ولا يكفي أن يقول : ثبت عندي أو أن دعواك ثابتة ، ويجوز نقضه عند عروض قاذح بخلاف الأول ، » .

قلت : لا دليل على اعتبار لفظ خاص فيه ، فيكون المدار على كل ما دل على إنشاء معنى الحكم ، بل لا يبعد الاكتفاء بالفعل الدال على ذلك فضلاً عن قول : « ثبت عندي » مريداً به ذلك ، أما مع عدم إرادة إنشاء ذلك بها فليست حكماً ، وكذا قوله : « ادفع إليه ماله » ونحوه وبالجملة فالمدار على ما عرفت ، لأنه حكم لغةً وعرفاً .

بقي شيء : وهو أنه مع تغير رأي المجتهد يجب عليه إعلام مقلديه بذلك ، ويجب عليه محو ما كتبه من فتواه الأولى ؟ صريح الأردبيلي ذلك ، لكن في صورة معلومية فساد الأول بدليل قطعي أو بفساد الاجتهاد الأول ، لأنه حينئذ خلاف الحق والصواب ، فيجب رفعه لتلايقع الناس في غير الحق ، ولا يبقى الباطل معمولاً به ومعتقداً لأحد ، بل الظاهر اتحاد الحكم والفتوى بالنسبة إلى ذلك .

إنما الكلام في وجوب الاعلام والمحو مع العدول للدليل ظني على وجه لا يقتضي فساد الاجتهاد الأول ، والظاهر عدمه ، بل ينبغي القطع بعدم وجوب محو من الكتاب ، كما هو المشاهد من سيرة العلماء في اختلاف فتاواهم في الكتاب الواحد ، بل بدون مسافة معتد بها ، على أن المقلد العامل باستصحاب بقاء مقلده على فتواه معذور ، ولا إثم عليه ، فلا أمر بالمعروف بالنسبة إليه ، بل لا يبعد القول بصحة عمله وإن كان عبادة ، إما لاقتضاء الاستصحاب المستفاد من قاعدة اليقين البدلية عن الواقع إلى أن يعلم إلا ما خرج بالدليل ، وإما لأنها حينئذ من عبادة الجاهل التي

لم يعلم فسادها باعتبار موافقتها للفتوى الأولى ولم يعلم بطلانها ، فتندرج في المطلقات بناءً على أنها أسماء للأعم .

وأولى من ذلك معاملات من عقود أو إيقاعات ، بل ظاهر القمي في قوانينه صحتها حتى من الجاهل المتنبه للتقليد وقصر فيه إذا كانت موافقة لأحد الأقوال في المسألة معللاً ذلك بمعلومية عدم اعتبار إيقاعها بعنوان التقليد ولو للسيرة القطعية ، وبعد وقوعها فالأصل فيها الصحة حتى يعلم الفساد ، والفرض عدمه ، فيندرج العقد المزبور في إطلاق ما دل على صحته ، والاثم بترك التقليد مع تنبيه له لا يقتضي فساد العقد . بل قد يقال : إن ذلك منه يقتضي صحة العقد من المجتهد أو مقلده إذا أوقفه على خلاف الاجتهاد أو التقليد وكان موافقاً لأحد الآراء في المسألة ، ألهم إلا أن يدعى أن الحكم الوضعي في حقها بعد اتصافها بالوصفين المذكورين بخلاف ذلك .

إلا أنه كما ترى ، بل سابقه أيضاً كذلك ، ضرورة أن إلحاقها بالصحيح لموافقتها لرأي القائل بذلك ليس بأولى من إلحاقها بالفاسد لموافقتها للقائل بذلك ، بل هو من الترجيح بلا مرجح ، وأصالة الصحة تقتضي حل الفعل ذى الوجهين على الوجه الصحيح منها لا أن الحق القول بالصحة ، والاطلاقات بعد تقييدها ولو بالاجتهاد لا وجه للاستناد إليها ، بل لعل الأصول تقتضي الفساد ، باعتبار رجوع ذلك إلى الشك في حصول السبب الناقل مثلاً .

نعم قد يقال بالصحة إذا كانت موافقة لرأي من يجوز تقليده حال وقوعها والفرض أنه أوقفها الفاعل بعنوان ذلك ولو بتقليد من لا يجوز تقليده وقلنا إن مثله تقليد لمن يجوز تقليده وإن أخطأ في تشخيصه إلا أنه موافق له .

لكنه كما ترى أيضاً ، ضرورة عدم عدّ ذلك اتباعاً وتقليداً ، فالأول القول بوقوعها مراعاةً غير محكوم عليها بصحة ولا فساد إلا إذا لحقها ولو بعد ذلك بتقليد ، فانه ينكشف بذلك صحتها حال وقوعها ، فيكون التقليد حينئذ طريقاً إلى معرفة صحتها حين وقوعها ، بل العبادة أيضاً كذلك إذا فرض وقوعها من أول الأمر بعنوان القربة ، ولا يكون ذلك إلا في الجاهل غير المتنبه حال إيقاعها بخلاف المعاملة ، فانه يجوز وقوعها ولو مع الشك ، لعدم اعتبار النية فيها وعدم اعتبار سبق التقليد .

ولو فرض اختلاف المتعاقدين فاختار أحدهما القول بالفساد والآخر الصحة وحدث بينهما نزاع ترافعا إلى حاكم يحكم بينهما بمقتضى رأيه في خصوص المتنازع فيه ، ويكون هو الحجة عليهما فيه ، وينقض تقليد أحدهما فيه ، كما عرفته سابقاً ، فتأمل جيداً فان المسألة من المشكلات التي لم تحرر .

بل الظاهر لإجراء حكم الصحة والفساد على توابع عقدهما من كل مجتهد اتفق له النظر فيه بنوع من الأنواع وإن مانا على عدم التقليد ولم يلحقاه بما يقتضى الصحة في حقها ، والله العالم .

المسألة الرابعة : ❖

❖ ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله ❖ ولا غيره حملاً لفعله على الوجه الصحيح وإن جاز له ذلك للأصل وغيره ❖ لكن لو زعم المحكوم عليه أن الأول حكم عليه بالجور ❖ لفساد اجتهاد ونحوه ❖ لزمه النظر فيه ❖ أي في حكمه بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا ، لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها ، فتبقى مندرجة في إطلاق

ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من قوله (صلى الله عليه وآله) (١) :
« البينة على المدعي ، وغيره .

ولا يتأني ذلك ما تقدم من وجوب النظر في المحبوس وإن لم يدع
الظلم والجور عليه ، لما عرفته سابقاً من معنى الوجوب مع فرض تمام
الحكم من الأول ، نعم لو أريد الحكم عليه كما حكم به الأول توقف
الحكم عليه بأداء الحق على ثبوته عنده ، ولا يكفي فيه حكم الحاكم السابق
كما عرفته سابقاً ، بخلاف المقام المفروض فيه أيضاً تمام حكم الحاكم ولم
يبق شيء منه ، فليس عليه التعرض له حتى يدعى المحكوم عليه ذلك ،
فيلزمه حينئذ النظر مقدمة لقطع الدعوى المسموعة ، كما هو واضح .

﴿ وكذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول ﴾ ولو باقرار منه
أو غيره ﴿ أبطله سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس ﴾
على الأصح كما في التحرير خلافاً للفاضل والمحي عن الشيخ وبعض
العامة من الاقتصار على الأول الذي له النظر فيه بخلاف الثاني المتوقف
على مطالبة المستحق ، وقد عرفت ضعفه ، لمعلومية وجوب انكار المنكر
عليه في نفسه باعتبار كونه حكماً بباطل وبغير ما أنزل الله تعالى شأنه ،
وأن له الولاية العامة .

إنما الكلام في لزوم النظر في الأول الذي قد يشكل - كما عن
بعض العامة - بعدم اقتضاء ذلك وجوبه ، بل أقصاه طلب البينة من المدعي
على دعواه ، فإن لم يكن فله اليمين ، ولا تلازم بين سماعها ووجوب
النظر في حكمه ، إلا أنه كما ترى ، ضرورة وجوب سماع كل دعوى
مقبولة عليه ، لاقتضاء منصبه ذلك ، ولاطلاق الأدلة والأمر بالمعروف ،
وغير ذلك .

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ه .

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى أن المزعول قضى عليه بشهادة فاسقين) - ١٠٥ -

كما أنه قد يشكل أيضاً سماع ذلك بالنسبة إلى نواب القبية من دون بينة بظهور دلائل نصبهم في أنه ليس للمحكوم عليه الاعتراض فيما حكوا به ، وأنه بمنزلة إنكار المولى عليه فعل وليه حال ولايته عليه بل أعظم ، ضرورة أن مقتضى جعل الامام (عليه السلام) له حاكماً أي ولياً في ذلك ، بل ذلك يقتضي سماع المحكوم عليه أخيراً ، لو قال : إنه حكم عليه بالجور وهكذا ، ويلزم منه فساد عظيم .

ولعله لذا كان ظاهر المصنف وغيره اختصاص ذلك بالحاكم المزعول باعتبار ارتفاع ولايته ، فيكون دعوى المحكوم عليه كدعوى المولى عليه على وليه بعد ارتفاع ولايته وإن كان متعلق الدعوى الفعل حال الولاية ، إلا أنه يلحق فساداً ، فتأمل جيداً ، فإن ذلك لا يصلح فارقاً بعد إطلاق الأدلة ما يقتضي سماعها على غير المعصوم ، فالتحقيق سماعها مطلقاً وإجراء أحكام الدعاوي عليها كغيرها . وليس من الرد على الحاكم ، بل هو من بيان خطأ الحاكم الذي هو غير معصوم .

المسألة الخامسة : ﴿

﴿ إذا ادعى رجل أن المزعول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب احضاره وإن لم يقيم المدعي بينة ﴾ له بذلك ، بل وإن صرح بعدمها بناءً على أن له اليمين ، ولاحتمال إقراره ، وأبهة القضاء لا تنافي ذلك ﴿ فإن حضر واعترف ألزم ﴾ بالمال إن كان قد أخذه أو استوفى بحكمه . ﴿ وإن قال : لم أحكم إلا بشهادة عدلين قال الشيخ : يكلف البينة ، لأنه اعترف بتقل المال وهو يدعي بما يزيل الضمان عنه ﴾ فعليه البينة حيثلذ . ﴿ ويشكل بما ﴾ هو معلوم من ﴿ أن الظاهر استظهار الحكماء

في أحكامهم ﴿ لأنهم آمناء على ذلك ﴾ فيكون القول قوله مع يمينه ، لأنه يدعي الظاهر ﴿ بل ربما قيل أو احتمل عدم اليمين ، ولعله على ذلك يبنى عدم جواز إحضاره المقتضي لامتهانه عند القائل به ، ومجرد احتمال الاقرار لا يقتضى وجوبه بعد أن كانت الدعوى لا يمين لمدعيها على المدعى عليه، لأنه يدعي عليه مالا، وهذا كله جار في المسألة السابقة بالنسبة إلى إحضار الحاكم مطلقا أو مع ذكر البينة وأن القول قوله مطلقا أو يمينه أو يكلف البينة .

ولكن الأول أقوى، فيجب الاحضار مطلقا ، سواء كانت الدعوى بأخذ أو استيفاء بحكمه أو غير ذلك . وكذا لو ادعى أنه أخذ منه رشوة أو نحو ذلك ، بل أولى بالقبول، نعم لا يخفى عليك ما ذكرناه من احتمال عدم جريان نحو ذلك في نواب الفية الجامعين للشرائط وإن سمعت الدعوى عليهم في غير ما يتعلق بما هم أولياء فيه وإن كان التحقيق خلافه لما سمعت . ولو بان أن الحاكم ليس من أهل الحكومة نقض جميع أحكامه وإن كانت صواباً إلا ما لا فائدة للنقض فيه ، كرد المغضوب والوديعة ونحوهما : ولو كان الحكم خطأً عند الأول ولكن حكم به غفلةً وصواباً عند الثاني فالأقوى نقضه ، كما لو تنبه الحاكم بنفسه له ، والله العالم .

المسألة السادسة :

﴿ إذا افتقر الحاكم إلى مترجم ﴾ لسماع الشهادة ونحوها ﴿ لم يقبل إلا شاهدان عدلان ﴾ حتى فيما يكتفى فيه بالشاهد والامرائين ، لأنه بحكم الشهادة على الشهادة لا الشهادة فيه ، ولذا يكتفى بالعدلين في ترجمة

شهود الزنا المعتبر فيه أربعة ﴿ ولا يقنع بالواحد عملاً بالمتفق عليه ﴾ بعد الشك في أن ذلك من موضوع الشهادة أو الرواية ، ولا أصل ولا إطلاق ينقح أحدهما ، فيجري عليه حيثنذ حكم الشهادة من التعدد ، ولو لأنه المتيقن بخلاف غيره .

ودعوى أن الأصل الرواية - لأن الشهادة قسم من الخبر ولكن اعتبر الشارع في بعض أفرادها التعدد ، فما لم يثبت فيه يبق على عموم ما دل على قبول خبر العدل - يدفعها وضوح التباين بين الرواية والشهادة في العرف الذي هو المرجع في أمثالها بعد معلومية عدم الوضع الشرعي فيها وعدم الاجمال ، واعتبار التعدد في موضوع الشهادة ، لا أنه هو المميز لها عن الرواية ، وكون جنسها الخبر لا يقتضى أنها قسم منه ، بل هما نوعان متميزان في العرف الذي يمكن أن يقال إن الترجمة فيه قد تكون من الشهادة وقد تكون من الرواية ، لا أنها مطلقاً شهادة أو رواية ، فحيث يراد بها إثبات ما يترتب عليه الحكم كشهادة الشاهد احتيجت إلى التعدد ، ضرورة أنها حيثنذ بمنزلة شهادة الفرع التي لا بد فيها من التعدد ، لأنها شهادة حيثنذ ، وحيث يراد فيها بيان المراد في غير ذلك كانت رواية ، ويكفي فيها الواحد ، ولعل منه بيان عبارة المجتهد مثلاً لمقلديه ، أو بيان المراد من السؤال للمجتهد مثلاً ليدكر حكمه ونحو ذلك مما لا يعدّ شهادة ، بل هو من قسم الرواية ولو بالمعنى .

وبالجملة فالمدار على تميز أفراد الشهادة والرواية المقابلة لها العرف ، فما كان من الأول اعتبر فيه التعدد ، للأدلة الدالة على اعتبار ذلك فيها من قوله تعالى (١) : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » بناءً على استفادة ذلك منه ، وغيره ، ومسا كان من الثاني اكتفى فيه بالواحد ، لإطلاق

دليل قبول خبر العدل ، ومع الشك فالظاهر لحوق حكم الشهادة عملاً بالمتفق عليه لما عرفت .

وآية النبأ (١) بعد أن كان موردها من أفراد الشهادة أو ما يشبهه وجب كون المراد من المفهوم فيها عدم وجوب تبين نبأ العدل في موضوعي الشهادة والرواية ، على معنى كونه مقبولاً في الجملة وإن كان قبوله في الشهادة على معنى أنه جزء البينة ، وقبوله في الرواية العمل به من غير حاجة إلى التعدد الذي استفيد من الأدلة اعتباره في الشهادة دون غيرها، وحينئذ فليس المراد من الآية قبول كل نبأ لعدل على معنى العمل به من غير حاجة إلى تعدد إلا ما خرج بالدليل ، فيكون ذلك أصلاً لكل نبأ لم يعلم اعتبار التعدد فيه ، ضرورة عدم دلالة الآية حينئذ على حكم موردها ، بل ولا على حكم الشهادة . وأولى من ذلك دعوى اختصاص الآية بحكم الرواية المقابلة للشهادة بقرينة اعتبار التبيين في نبأ الفاسق وعدمه في نبأ العدل ، وذلك من خواصها ، فان شهادة الفاسق لا تبين فيها. هذا وقد يقال :: إنه يمكن استفادة اعتبار التعدد في كل ما كان له مدخلة في القضاء ولو موضوع المدعى وتركية الشاهد وجرحه وغير ذلك ، لقوله (صلى الله عليه وآله) (٢) : « إنما أقضي بينكم بالبينات » إلى آخره . وقوله (عليه السلام) (٣) : « استخراج الحقوق » إلى آخره وغير ذلك مما يقتضى أنه لا بد من التعدد في ثبوت كل موضوع للقضاء ، ومنه حينئذ الترجمة لشهادة الشاهد ودعوى المدعى أو نحو ذلك لا الترجمة من حيث كونها ترجمة وإن لم تكن في موضوع يتعلق به القضاء.

(١) سورة الحجرات : ٤٩ - الآية ٦ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١

(٣) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٤ .

وأما اعتبار الحرية في المترجم فقد صرح الفاضل وغيره بعدم اعتبارها فيه . وقد يشكل بأن قاعدة اليقين المزبورة تقتضي اعتبارها ، بل بناءً على أنها من الشهادة يتجه اعتبارها أيضاً إن كانت الحرية معتبرة فيها ، هذا كله في المترجم .

وأما مسمع القاضي لو كان أصم فالظاهر جريان حكم المترجم عليه ، لما عرفت فان كثيراً مما ذكرنا أو جميعه جار فيه ، بل الأولى فيها إبرازهما على طرز الشهادة لا على طريق الرواية .

ومن ذلك يظهر لك الحال في تنقيح هذا المبحث وإن أطنب فيه بعضهم في الأصول بعد أن حكى عن الشهيد تعريف الشهادة والاشكال في كثير من الأفراد في أنها منها أو من الرواية ، والله العالم .

المسألة السابعة :

﴿ إذا اتخذ القاضي كاتباً وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً ﴾ لأنه أحد الأمناء الذين يعتبر فيهم ذلك ، بل لابد أن يكون أيضاً ﴿ بصيراً ليؤمن اتخذه ﴾ في تغيير الكتابة ﴿ وإن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً ﴾ لكونه حيثئذ أكمل ، بل ينبغي أن يكون جيد الكتابة بلا خلاف أجده في شيء من ذلك .

لكن قد يقال : إن ثمرة الكتابة تذكر ما كان ، وإلا فهي ليس من الحجة شرعاً ، وحيثئذ فلا عبرة بشيء من هذه الأوصاف ، ضرورة أنه مع الذكر بها يجري عليها الحكم ، وإلا فلا وإن كان الكاتب بالأوصاف المزبورة ، نعم معها غالباً تحصل الطمأنينة التي يجري عليها الحكم . وفيه أنها غير منحصرة فيما كان للتذكر فيه مدخلة ، بل قد تكون

مراسلة رأمراً ونحو ذلك مما يكون فيه زيادة ونقصية وتغيير وتبديل ، كما يوجد الآن في الكتبة للملوك ، فالمراد حيثئذ إذا اتخذ القاضي كاتباً معتمداً عليه في الكتابة التي قد يشتغل عن ملاحظتها يجب أن يكون بهذه الأوصاف ، فانه أحد الأمناء .

هذا والظاهر أن الكاتب والمترجم ارتزاقهما من بيت المال أيضاً ، ومع عدمه يأخذان الأجرة ممن يعملان له ، والله العالم .

المسألة الثامنة :

﴿ الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين ﴾ بشاهدين عدلين لم يجرحهما الخصم أو بخلفة منه ﴿ حكم ، وإن عرف فسقهما ﴾ كذلك ﴿ أطرح ﴾ لما سمعته سابقاً من الاجتزاء بعلمه في ذلك أو ما يقوم مقامه شرعاً .

﴿ وإن جهل الأمرين ﴾ بحث عنهما ﴿ بنفسه كما يحكى (١) عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه كان يفعل ذلك بارسال شخصين من قبله لا يعلم أحدهما بالآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما فإن جاءا بمدح وثناء حكم وإن جاءا بشين ستر عليهما ودعا الخصمين إلى الصلح ، وإن لم يكن لهما قبيلة سأل الخصم عنهما ، فإن زكاهما حكم وإلا أطرحهما .

ولعل ذلك لأن بناء العدالة التي هي شرط الحكم على البحث عنها ، بل يمكن دعوى استفادة ذلك من إطلاق الأمر (٢) بالحكم بالبيئة العادلة ، نحو البحث عن دخول الوقت للصلاة فيه ، والبحث عن الماء للطهارة به ، وغيرهما مما يستفاد وجوبه قبل تحقق وجوب

(١) الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب كيفية الحكم .

ج ٤٠ (حكم ما لو عرف الحاكم إسلام الشاهدين وجهل عدالتهما) - ١١١ -

المكلف به ، أو أن المراد بحث عنها بتكليف الخصم بتركيبتها ، وعلى كل حال فالأمر سهل .

إنما الكلام في الحكم بشهادتهما مع تزكية الخصم لها وإن قال : إنما أخطأ في هذه الشهادة من أن المراد بالتزكية الاستظهار في ثبوت حقه ، فيكفي إقراره ، ولما سمعته من المحكي عن النبي (صلى الله عليه وآله) ومن اشتراط الحكم بعدالتهما التي لم تثبت باقرار الخصم ورضاه بالحكم بشهادتهما لا يجدي في صحة الحكم وجريان أحكامه عليه ، كما لا يجدي رضاه بالحكم بشهادة فاسقين ، ولعله أقوى .

﴿ وكذا لو عرف إسلامهما ﴾ بل إيمانها أيضاً ﴿ وجهل عدالتهما توقف ﴾ عن الحكم ﴿ حتى ﴾ يبحث عن ذلك فـ ﴿ سيتحقق ﴾ له ﴿ ما يبني عليه من تعديل (عدالة خ ل) أو جرح ﴾ لأن الإسلام والإيمان ليسا عدالة ولا طريقاً شرعاً للحكم بها على وجه يتحقق ما شرط بها من طلاق أو حكم أو ائتمام أو غير ذلك كما عرفت الكلام فيه بما لا مزيد عليه في بحث الجماعة (١) .

﴿ وقال ﴾ الشيخ ﴿ في الخلاف ﴾ كما عن الاسكافي والمفيد : ﴿ يحكم ﴾ إما لأن الإسلام أو الإيمان مع عدم ظهور الفسق عدالة ، أو لأنه يحكم بها بمجردهما أو لأن الحاصل من مجموع قوله تعالى (٢) : « وأشهدوا ذوي عدل » وقوله تعالى (٣) : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » وقوله تعالى (٤) : « إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » قبول

(١) راجع ج ١٣ ص ٢٨٠ - ٢٩٠ .

(٢) سورة الطلاق : ٦٥ - الآية ٢ .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٨٢ .

(٤) سورة الحجرات : ٤٩ - الآية ٦ .

الشاهدين إذا كانا مسلمين ، وأنها لا يردان إلا إذا كانا فاسقين ﴿و﴾ لا يعمل إطلاق الثانية على الأولى لعدم حجية مفهوم الوصف ، أو لأن ﴿به رواية﴾ أو روايات (١) ولكن قد عرفت في البحث المزبور أن الرواية به وإن تعددت ﴿شاذة﴾ موافقة للعامة معارضة لما هو أقوى منها من وجوه أو مأولة ، بل قد ذكرنا ظهورها - بعد حمل المطلق فيها على المقيّد - في خلافه ، أو للإجماع المحكي في الخلاف المتبين خلافه حتى من حاكبه في المحكي من خلافه ومبسوطه .

كما أنه لا يخفى عليك ما في الكلام المزبور ، ضرورة معلومية زيادة وصف العدالة على الاسلام ، بل والایمان ، وظهور الآية الأولى في الحكم الوضعي الذي هو اعتبار العدالة في القبول ، وحيثذ فحمل المطلق عليه لا يحتاج إلى مفهوم الوصف كما قرر في محله ، وحيثذ فعدم وجوب التبيين في شهادة غير الفاسق لا يقتضي تحقق العدالة في مجهول الحال التي هي شرط القبول إجماعاً بقسميه ونصوصاً يقيد بها إطلاق مفهوم الآية لو قلنا بشموله لحل النزاع .

وبالجملة فقد استقصينا الكلام في جميع أطراف المسألة في ذلك المبحث ، وبيننا ضعف القول المزبور ، بل لم نتحقق القائل به لظهور من وقفنا على كلام من يحكي عنه في أصالة العدالة في المسلم الذي لم يظهر منه فسق ، لا أن الاسلام عدالة ، مع معلومية فساد الأصل المزبور وإن اشتهر في كلام الأصحاب أن الأصل في المسلم أن لا يخلّ بواجب ولا يفعل محرماً ، إلا أن ذلك لا يقتضي تحقق وصف العدالة به ، بل المراد منه حكم تعبدّي في نفسه لا فيما يترتب على ذلك لو كان واقعاً كما حققناه في غير المقام .

(١) تقدمت الروايات في ج ١٢ ص ٢٨١ - ٢٨٢ .

كضعف القول بأنها ملكة نفسانية في جميع الكبائر - التي منها الاصرار على الصغائر - وفيما لا ينافي المروءة ، وأن التحقيق الذي تجتمع عليه الروايات (١) وعليه عمل العلماء في جميع الأعصار والأمصار حسن الظاهر بمعنى الخلطة المطلقة على أن ما يظهر منه حسن من دون معرفة باطنه ، فلاحظ وتأمل .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو حكم ﴾ الحاكم ﴿ بالظاهر ﴾ من العدالة على وجه يجوز الحكم به سواء كان بخلطة مطلقة أو بينة ﴿ ثم تبين فسوقها وقت الحكم ﴾ المتصل زمانه بزمان إقامة شهادتها ﴿ نقض حكمه ﴾ كما لو تبين فسوقها قبل الإقامة ، لتبين عدم شرط صحة الحكم في الواقع وإن جاز الاقدام بذلك الظاهر .

ألهم إلا أن يدعى أن الشرط علمي نحو العدالة في إمام الجماعة ، لاطلاق ما دل (٢) على نفوذ الحكم وعدم جواز رده إذا كان على نحو قضائهم (عليهم السلام) وعلى حسب الموازين التي نصبوها لذلك ، ولا دليل على اشتراط مزيد من ذلك حتى قوله تعالى (٣) : « وأشهدوا ذوي عدل » المراد منه ذوي عدل عندكم ، لا أقل من الشك فيبقى ما دل على نفوذ الحكم بحاله .

لكن اتفاق كلمة الأصحاب ظاهراً على النقض مع أصالة الواقعية في الشرائط، ولو كانت مستفادة من نحو « وأشهدوا » الآية (٤) يرفع ذلك كله ، مضافاً إلى إمكان الفرق بين ما هنا وبين الجماعة بأن المدار هناك

(١) نقلت هذه الروايات في ج ١٣ ص ٢٩١ .

(٢) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ .

(٣) سورة الطلاق : ٦٥ - الآية ٢ .

(٤) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٨٢ .

على الصلاة خلف من تثق بعدالته نصاً (١) وفتوى، وظهور الفسق فيما بعد لا يتنافى الوثوق بخلاف المقام المعتبر فيه كونه عدلاً. نعم لو كان الفسق طارئاً بعد الحكم أو غير معلوم الحال لم ينتقض، بل لعله كذلك لو كان بعد الاقامة قبل الحكم، كما ستسمع تحقيقه إنشاء الله في كتاب الشهادات. وعلى كل حال فالظاهر أن المراد نقض الحاكم حكمه فيما لو اتفق له تبين فسقها، لا أن المراد جواز تجديد الدعوى للمحكوم عليه حكماً ثابتاً لو عثر بعد الحكم على من يجرحها، ضرورة منافاة ذلك لكونه حكماً وفصلاً، بل ولقولهم فيما يأتي من الانظار ثلاثة أيام لو ادعى وجود الجراح، بل ولغير ذلك، وهل البيينة تبين فسق؟ ظاهر بعض العبارات ذلك ووجهه واضح.

ولو ادعى المحكوم عليه إمكان حصول العلم للحاكم بفسقها باقامة شياح يقتضى ذلك أو نحوه ففي وجوب سماع الحاكم ذلك منه وجه، ولكن الأقوى خلافه للأصل وغيره، فتأمل جيداً فإن المسألة غير محررة. ولا يجوز التعويل في الشهادة بالعدالة بناءً على أنها الملكتة على حسن الظاهر الذي لم يعلم حصولها منه، بل لابد من الصحبة المتأكدة التي يطلع بها على حسن الباطن، مثل الشهادة على الاعسار ونحوه مما جرت العادة فيه على اختلاف الباطن والظاهر، فإن المال قد يخفيه صاحبه كالفسق، فلا بد في الشهادة عليهما من العلم بموافقة الباطن للظاهر. ولكن قد يناقش بأن حسن الظاهر طريق شرعي للحكم بحصولها عملاً بالنصوص (٢) التي استدل بها القائلون بأنها حسن الظاهر، أو لأن الملكات إنما تعرف بآثارها كالشجاعة والكرم ونحوهما والعدالة بناءً على أنها

(١) الورق - الباب - ١٠ - من ابواب صلاة الجماعة - الحديث ٢ من كتاب الصلاة.

(٢) راجع الروايات المقدمة في ج ١٢ ص ٢٩١.

ملكة منها ، والنصوص المتضمنة حسن الظاهر من ذلك .
بل قد يقال : إن البحث في أنها حسن الظاهر أو ملكة بحث علمي
مرجعه إلى أن العدالة شرعاً هي ملكة يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها
عبارة عنه ، وإلا فالجميع متفقون على تحققها بذلك بناءً على كون مراد
القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطة والصحبة
المتأكدة في سره وعلايته ، لا أن المراد به حسن ظاهر بعض أفعاله وأحواله
التي لا يستفاد منها الحسن في جميع ما يظهر منه ، فإن كثيراً من المدلسين
كذلك ، بل غالب الناس التستر في الفسق عن عامة الناس أو خواصهم ،
كما عساه يومية إليه الخبر (١) المروي عن تفسير العسكري عن علي بن
الحسين (عليهما السلام) واحتجاج الطبرسي عن الرضا (عليه السلام)
الذي قد ذكرناه في بحث الجماعة من الكتاب (٢) بل وخبر ابن أبي يعفور (٣)
المتقدم فيه أيضاً .

وحينئذ يتحد القولان ويكون البحث علمياً ، ويؤيده استبعاد طرح
القائلين بالملكة جميع هذه النصوص على كثرتها ، فلا مناص حينئذ عن حملها
على ذلك وإن كان الانصاف ظهورها في عدم التعمق في حصول حسن
الظاهر الذي له أفراد متعددة ، ولا ريب في عدم اعتبار أعلامها بمقتضى
أكثر النصوص المزبورة ، فلاحظ وتأمل .

وينبغي أن يكون السؤال عن التركيبة سراً فانه أبعد من
تطرق التهمة للمزكي بأنه زكي حياً أو وفاءً أو رجاءً أو خوفاً
كما هو المشاهد في جملة من الناس .

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صلاة الجماعة - الحديث - ١٤ من كتاب الصلاة .

(٢) راجع ج ١٣ ص ٣٠٠ .

(٣) الوسائل - الباب - ٤١ - من كتاب الشهادات - الحديث ١ .

﴿ وثبتت ﴾ العدالة بالشهادة بها ﴿ مطلقاً و ﴾ لكن ﴿ تفتقر إلى المعرفة الباطنة المتقدمة ﴾ المفيدة للعلم أو الظن بحصول الملكة ، وأن ما يصدر من ذلك من آثارها أو بحسن الظاهر ، بمعنى أنه لا يظهر منه سرّاً وعلانية إلا الحسن .

﴿ ولا يثبت الجرح إلا مفسراً ﴾ كما عن المشهور فيه وفي الأول ، لعدم السر بذكره ، ولأنه ربما لا يكون جرحاً عند الحاكم المشهود عنده ، بخلاف تفصيل العدالة المحتاج إلى ذكر جميع الكبائر وغيره مما يتعذر أو يتعسر إحصاؤه .

وربما أشكل ذلك بأن الاختلاف في أسباب الفسق يقتضي الاختلاف في أسباب العدالة ، فإن الاختلاف مثلاً في عدد الكبائر كما يوجب في بعضها ترتب الفسق على فعله يوجب في بعض آخر عدم قدحه في العدالة بدون الاصرار عليه ، فيزكيه المزكي مع علمه بفعل ما لا يقدر عنده فيها ، وهو قاذع عند الحاكم ، ومن ثم قيل بوجوب التفسير فيها كما عن ابن الجنيّد .

ولعل الأقوى الاكتفاء بالاطلاق فيها كما عن بعضهم ، بل لعله يرجع إليه ما حكاه المصنف عن الخلاف بقوله : ﴿ وفي الخلاف ﴾ كما في نسخة ، وفي قول في أخرى وهي الأصح ﴿ يثبت مطلقاً ﴾ أي في الجرح بناءً على موافقته المشهور في العدالة ، لكن لا لأن كلاً من المعدل والجرح لا بد أن يكون في نظر الحاكم عالماً بسببها وإلا لم يصلح لها ، ومع العلم لا معنى للسؤال ، إذ هذا مع كونه ممنوعاً قد قيل لا يتم إلا مع علم الحاكم بموافقة مذهب المزكي لمذهبه في أسباب الجرح والتعديل ، بأن يكون مقلداً له أو موافقاً له ولأنها إنما يجزمان إذا علما بما عند الحاكم من أسباب العدالة والفسق أو بالعدالة أو الفسق عند الكل ، لوضوح منعه أيضاً ، بل لما هو المعلوم من طريقة الشرع من حمل عبارة الشاهد

على الواقع وإن اختلف الاجتهاد في تشخيصه .

ومن هنا لا يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهادة به وكذا التطهير والتنجيس وغيرها وإن كانت هي أيضاً مختلفة في الاجتهاد ، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعلاه على الصحيح في نفس الأمر لا في حق الفاعل خاصة ، وما العدالة والفسق إلا من هذا القبيل ، اللهم إلا أن يقال : إن الاختلاف فيها في معناهما ، بخلاف الملك والتطهير والتنجيس ونحوها ، فانه اختلاف في أسبابها ، لكنه كما ترى .

ومن ذلك يعلم ضعف القول بالتفصيل فيها فضلاً عن العكس بمعنى وجوب التفصيل في العدالة ، وعن القول بأن المزكي والجرح إن كانا عالمين بأسبابها كنى إطلاقهما وإلا وجب ذكر السبب فيها ، والتحقيق ما عرفت . نعم لا بد في التركيبة من إبرازها بعنوان الشهادة ولو بدلالة قرائن الأحوال ، ولا يجب لفظ « أشهد » وإن أوهمته عبارة الفاضل في القواعد ، إلا أن الظاهر إرادته ما ذكرنا في مقابل ذكرها بعنوان الاخبار لا الشهادة . كما أنه لا بد فيها من تشخيص المزكي على وجه يرتفع الاشتراك المقتضي للاجمال ، بل في القواعد لا بد فيها أيضاً من ضم « مقبول الشهادة » إلى قوله : « عدل » إذ رب عدل لا تقبل شهادته ، لغلبة الغفلة عليه ، بل عن المختصر الأحملي « لا بد أن يقول : عدل مقبول الشهادة عليّ ولي ، لأن الوصف بالعدالة والصدق وقبول الشهادة إنما يقتضي ثبوت الصفة في الجملة ، فربما ثبت في شيء دون شيء » وعن التحرير « يجب على المزكي أن يقول : أشهد أنه عدل مقبول الشهادة أو هو عدل لي وعليّ ، بمعنى الاكتفاة بأحدهما ، لأنه لا تتعلق الصلتان بالعدل إلا بتضمنين معنى الشهادة ، فيتحد حينئذ مؤداهما ويكفي أحدهما » ونسبه في المسالك إلى أكثر المتأخرين . وفيه أن العدالة وصف خاص متحد في جميع ما اعتبرت فيه ،

فلا تبيض حيثل فيها ، وعلى تقديره فقله : « عليّ ولي » لا يقتضي العدالة المطلقة ، كقول القائل : « فلان صادق عليّ ولي » الذي لا يقتضي صدقه في كل شيء ، على أن الوصف بمقبول الشهادة يغني عن ذكر العدالة . لأنه أخص . ومن هنا قال في المسالك : « الأقوى الاجتزاء به وإن كان إضافة العدالة معه أكد » .

وربما علل بعضهم إضافة « لي وعليّ » بأن الغرض منه أن يبين أنه ليس بولد بناءً على أن شهادة الولد على والده غير مقبولة ، وضعت في المسالك بأنه « قد اعتبره من علم أنه ليس ولده ، ومع تسليم عدم قبول شهادة الولد على والده لا يدل قوله : « عدل عليّ ولي » على أنه ليس بولد ، لأن العدل عدل على أبيه وله ، إلا أنه لا تقبل شهادته عليه بمعنى أنه خارج (١) وبتقدير أن يراد به نفي البنوة ، فالمعتبر أن لا يكون هناك ذلك الوصف ، أما أن يتعرض إلى نفيه لفظاً فلا ، كما أن الشاهد على غيره ينبغي أن لا يكون كذلك ، ولا يجب أن يقول لست بابن ، وبتقدير أن يكون الغرض بيان أنه ليس بابن ، فهذا الغرض يحصل بقوله : « عليّ » . قلت : قد يقوى في النظر عدم اعتبار أزيد من الشهادة بأنه عدل ، لا إطلاق ما دل على وجوب الحكم بشهادتها وأنها سبب في ذلك ومقتض له على نحو باقي الأسباب الشرعية التي يترتب عليها مقتضاها ما لم يتحقق المانع الذي يكفي في نفيه أصل العدم أو ظاهر الدليل المزبور ونحو ذلك ، وحيثل فلا يحتاج الحكم بشهادتها إلى شهادة كونها مقبولة الشهادة ، بمعنى أنها مجردان من موانع القبول كالولدية والخصومة وجور النفع والمغفلة ونحو ذلك ، ضرورة كونها أجمع جارية مجرى الموانع ، فاذا ادعى الخصم أحدها طوبى باثباته نحو دعوى الجرح ، ومع العجز عنه حكم الحاكم بشهادة

(١) وفي المسالك « لا تقبل شهادته عليه بامر خارج » .

العدلين التي قد عرفت ظهور قوله تعالى (١) : « وأشهدوا ذوي عدل » وغيره في كونه سبباً لذلك ، بل ظاهر الأدلة جريانها مجرى الأسباب والمقتضيات وجريان تلك مجرى الموانع كما أومأنا إليه ، لا أنها من العام والخاص حتى يأتي الاشكال في الفرد المشكوك منها .

كل ذلك مضافاً إلى عدم وضوح دلالة قول المزكي : « عليّ ولي » في نفي كون الشاهد ولداً للمدعى عليه ، كعدم وضوح اعتبار ما يعتبر في قبول الشاهد في المزكي من عدم الولدية للمدعى عليه ، بناءً على عدم قبول شهادته على أبيه وعدم العداوة بينه وبينه أيضاً ، باعتبار عدم عموم في دليل المنع لمثل ذلك ، بل لعل المتساق منه الشهادة بالحق نفسه لا التزكية ، نعم لعله كذلك بالنسبة إلى جر النفع ، كما إذا كان شريكاً للمدعى في المال المدعى به ، فإنه لا تقبل تزكيته للشاهد كالمدعى نفسه .

وما في القواعد - من أنه يعتبر في المزكي صفات الشاهد - يراد به نحو العدالة والتعدد ونحو ذلك ، لا ما يشمل الفرض ، فما عساه يوهمه بعض العبارات من اعتبار نحو ذلك على الوجه الذي ذكرناه لا يخلو من نظر أو منع ، نحو ما قيل من احتمال وجوب تعيين الخصمين حين الاستزكاء . بل في المسالك « يشترط في المزكي أن يعرف نسب الشاهد والمتداعيين ، لجواز أن يكون بينه وبين المدعى شركة ، أو بينه وبين المدعى عليه عداوة » إذ ذلك كله كما ترى ، وكسداً غير ذلك مما هو مذكور في كلماتهم ، فلاحظ وتأمل .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفة ﴾ بخلاف العدالة ﴿ و ﴾ لو قلنا بأنها حسن الظاهر ، ضرورة أنه ﴿ يكفي العلم بموجب الجرح ﴾ من زنا أو لواط أو نحو ذلك مما يحصل بالمعاينة

ونحوها من غير تقادم معرفة ، كما هو واضح .

﴿ ولو اختلف الشهود بالجرح والتعديل قدّم الجرح ، لأن ﴾
الشهادة بـ ﴿ سـ ﴾ غالباً تكون ﴿ شهادة بما يخفى عن الآخرين ﴾
المعدلّين الذين مبنى شهادتهما غالباً بعد الخلطة والممارسة على أصل عدم وقوع
المعصية منه وظن ذلك بسبب حصول الملكة عنده ولو ملكة حسن الظاهر ،
وهما معاً غير معارضين لشهادة المعدلّين بوقوع ذلك منه .

وحينئذ فمع الاطلاق بالعدالة والفسق يقوى الظن ببيئة الجرح ، لمكان
الغلبة الزبورية فضلاً عن صورة التصريح فيهما على وجه يمكن صدقهما معاً ،
بأن قال المعدل : « خالطته ومارسته فوجدته ذا ملكة ، ولا أعلم صدور
كبيرة منه بعد ذلك » وقال الجارح : « قد وقعت منه يوم كذا مثلاً » فان
بيئة الجرح لا معارض لها حينئذ . بل لو كانت بيئة العدالة كذلك أيضاً
بأن قالت : « نعم وقعت منه المعصية يوم كذا ، ولكن تاب وندم ،
ومارسته وخالطته بعد ذلك فوجدته ذا ملكة بعدها ، ولم يصدر منه ما
ينافيها » قدمت هي ، لعدم المعارض . وبالجمله كل بيئة منها شهدت بما
خفى عن الآخرين كانت هي المقدمة ، لعدم المعارض لها .

إنما الكلام في صورة الاطلاق ، كأن قالت إحدهما : « هو عدل »
والأخرى : « هو فاسق » وفي صورة التصريح بالتضاد ، بأن شهد المعدل
بأنه كان في ذلك الوقت الذي شهد الجارح بفعل المعصية فيه في غير ذلك
المكان الذي عينته للمعصية أو مشتغلاً بفعل يضاده الجارح إما طاعة أو
مباحاً أو نائماً ونحو ذلك وهي التي أشار إليها المصنف بقوله : ﴿ ولو
تعارضت البيتان في الجرح والتعديل قال في الخلاف : وقف الحاكم ﴾
لعدم المرجح ﴿ ولو قيل : يعمل على الجرح كان حسناً ﴾ لاعتضاد
بيئته بأصالة عدم حصول سبب الحكم ، فيبقى المنكر مثلاً حينئذ على حجته

بلا معارض ، ضرورة عدم الفرق في العمل بين الجرح الثابت وبين عدم ثبوت العدالة .

وفي بعض نسخ المتن : « ولو اختلف الشهود في الجرح والتعديل قال في الخلاف توقف الحاكم ولو قيل يعمل على الجرح كان حسناً » وهو الذي شرحها في المسالك ، ولذا قال فيها بعد أن حكى عن الشيخ ذلك : « وهو يتم مع عدم إمكان الجمع ، كما لو تكاذبا ، أما مع الإطلاق فلا وجه للتوقف ، لعدم التعارض » .

وفيه أن التعارض في صورة إطلاق العدالة والفسق متحقق ، إذ كما يحتمل اطلاع الجارح على ما خفي على المعدل يمكن اطلاع المعدل ولو بتجدد التوبة على ما خفي على الجارح ، نعم قد يقوى الظن بالأول للقلبة المزبورة ، ومع فرض عدم اعتبارها فالعمل على بيئته الجرح ، لكن على الوجه الذي سمعته لا على جهة الحكم بفسقه تقديماً لبيئته ، ضرورة عدم المرجح لها غير ما عرفت ، فمع فرض عدم اعتباره فليس حينئذ إلا الوقف عن الحكم بمقتضاها ، وهو عين العمل بالوجه الذي ذكرناه ، بل لعل الشيخ لا ينكره وإن عبّر بالوقف إلا أن المراد ما ذكرناه .

أو يقال : إن المراد الوقف عن الحكم أصلاً حتى يبين المنكر الذي لم يعلم حجتيه في هذا الحال ، باعتبار وجود بيئته المدعي وإن كان لا عمل عليها باعتبار معارضتها ببيئته الجرح ، وحينئذ فيكون ميزان الحكم مجهولاً لانسياق الأدلة في غير الفرض فيرجع إلى الصلح أو غيره ، فتأمل . وقد يقال أيضاً : إن هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عدالة أو فسق وإلا حكم به .

واحتمل في كشف اللثام تقديم التعديل على الجرح للأصل مع الخلو عن ظهور المعارض ، وهو جيد فيما يرجع إلى ما ذكرناه لا مطلقاً .

وبذلك بان لك الحال في جميع صور المسألة كما بان لك التشويش في جملة من كلام الأصحاب ، والله العالم .

المسألة التاسعة : ﴿

﴿ لا بأس بتفريق الشهود و ﴾ استقصاء سؤال كل واحد منهم من دون علم الآخر عن مشخصات القضية بالزمان والمكان وغيرهما ، ليستدل على صدقهم باتفاق كلمتهم وعدمه باختلافهم . للأصل وزيادة التثبت . بل الظاهر أنه ﴿ يستحب ﴾ ذلك ﴿ في من لا قوة ﴾ عقل ﴿ عنده ﴾ بحيث يخشى من غلظه أو تدليس الأمر عليه وكذا غير ذلك مما تحصل منه الريبة في الشهادة ، كما فعله دانيال (ع) في شهود على امرأة بالزنا فعرف منه كذبهم (١) وكذا داود (ع) (٢) لقوله تعالى (٣) : « فبهذا هم اقتده » وإن قلنا بنسخ شرائعهم بشريعتنا ، إذ هو لا ينافي الأمر فيها ببعض ما كان عندهم ، إذ المسلم منعه التعبد بشرعهم من حيث إنه مشروع عندهم لا مطلقا .

على أن المروي (٤) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) نحو ذلك أيضاً في سبعة خرجوا في سفر ففقد واحد منهم فجاءت امرأته إلى علي (عليه السلام) وذكرت ذلك له ، فاستدعاهم وسأهم فأنكروا ، ففرقهم

(١) الكافي - ٧ ص ٤٢٦ - ٤٢٧ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٧٢ .

(٣) سورة الأنعام : ٦ - الآية ٩٠ .

(٤) الرسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ وفيه « ان شاباً قال

لأمير المؤمنين (عليه السلام) : إن هؤلاء نفر خرجوا بأبيهم في السفر فرجموا ولم يرجع أبي... »

وأقام كل واحد منهم إلى سارية ، ووكل به من يحفظه ، ثم استدعى واحداً منهم وسأله فأنكر ، فقال (عليه السلام) : الله أكبر ، فسمعه الباقون ، فظنوا أنه قد اعترف ، فاستدعى واحداً بعد واحد فاعترفوا بقتله ، فقتلهم علي (عليه السلام) .

بل منه يستفاد عدم اختصاص التفريق بالشهود ، وأن للحاكم التوصل إلى معرفة الحق بما يراه في ذلك الوقت مما لا ينافي الشرع .

نعم قد يقال : باختصاص جواز التفريق قبل ثبوت العدالة وطلب المدعي الحكم وإلا أشكل الجواز بظهور النصوص في وجوب الحكم حينئذ ، ولذا قال في المسالك : « ومحل التفريق قبل الاستزكاء إن احتيج إليه » بل ظاهره حتى مع الريبة ، لعدم ثبوت مانعيتها عن الوزن بالميزان الشرعي الموضوع للوزن به بين الناس .

أللهم إلا أن يستفاد من تلك الأدلة عدم الوجوب مع الريبة وإن طلب الخصم حتى يأس مما يزيلها من نحو ذلك ، وحينئذ يحكم معها لإطلاق الأدلة ، بل ربما توقف بعضهم من الحكم معها تنزيلاً للإطلاق المزبور على غير الفرض ، لكنه كما ترى .

ومما ذكرنا يعلم ما في إطلاق المصنف جواز التفريق الذي يمكن تنزيله على إرادة جوازه من حيث كونه كذلك لا مع حصول سبب وجوب الحكم ، أو على إرادة جوازه في أصل سماع شهادتهم لأنه أحد الأفراد . وفيه زيادة استظهار ، والله العالم .

المسألة العاشرة :

﴿ لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدر في العدالة أو أن يشيع ذلك في الناس شياعاً موجباً للعلم ﴾ للتواتر أو غيره مما يحصل به القطع ، بخلاف العدالة التي يكفي فيها غلبة الظن بسبب الخلطة والممارسة المقتضية لذلك ، لأنها الطريق إلى أمثالها أو لظهور النصوص (١) في الاكتفاء بنحو ذلك ، وإلا لم يمكن التعديل إلا للمعصوم (عليه السلام) كما أومي إليه في بعض النصوص (٢) .

﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لا يعول على سماع ذلك ﴾ أي الجرح ﴿ من الواحد والعشرة ﴾ من حيث كونهم كذلك ﴿ لعدم اليقين بخبرهم ﴾ أما لو حصل ولو لشدة عدالتهم وضبطهم وتحرزهم فلا ريب في الاكتفاء به لأنه المدار .

نعم في المسالك « إن لم يبلغ المخبرون حد العلم لكنه استفاض وانتشر حتى قارب العلم في جواز الجرح به وجهان ، من أنه ظن في الجملة وقد نهى الله عن اتباعه إلا ما استثنى ، ومن أن ذلك ربما كان أقوى من البينة المدعية للمغاينة ، كما مر في نظائره » .

وفيه ما لا يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبة العلم ، وعدم الدليل على الاكتفاء بمثله ، وحرمة القياس على البينة التي مبناهما التعبد ، ومن هنا كان ظاهر المصنف وغيره اشتراط العلم .

وعلى كل حال فليس له الشهادة بالجرح بخبر الواحد وما فوقه إذا لم يبلغ ذلك الحد إجماعاً كما في المسالك قال : « نعم له أن يشهد على

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٤١ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٠ - ١٣ .

شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة .

قلت : قد يتوهم أنه لو لا الإجماع المزبور لأمكن القول بالاكتفاء في الشهادة به وبغيره بالبينة عنده ، بناءً على عموم حجيتها شرعاً لكل أحد ، ضرورة كونها حينئذ طريقاً شرعياً كالشهادة بمقتضى الاستصحاب واليد ونحوها مما جعله الشارع أمارة على ذلك ، وكذا حكم الحاكم بالعدالة أو الفسق ، فإن له ذلك كما صرح به في القواعد ، بل الظاهر اكتفاء الحاكم الآخر باخبار الأول من دون شهادة آخر .

لكن يدفعه اعتبار العلم في الشاهد على وجه لا يقوم مقامه الحجة شرعاً ، بل لو أبرز ذلك على وجه الشهادة كان مدلساً ، بخلافه في نحو الملك باليد الدالة عليه باعتبار أن الشهادة به شرعاً وعرفاً بنحو ذلك ، وكذا الكلام في حكم الحاكم بل هو أولى ، لأنه لإلزام بحكم الموضوع لا أنه من طرق ثبوته .

والموجود هنا في القواعد أنه « له - أي الحاكم - أن يحكم بالعدالة والجرح بشهادة عدلين إن نصب حاكماً في التعديل » وفي الكشف « والجرح ، ولا يشترط المعاينة أو الشيع الموجب للعلم ، ويشترط في القاضي ، فإذا أخبر حاكماً آخر بعدالته أو فسقه اكتفى به ، ولم يشترط شهادة آخر » وهو غير ما نحن فيه ، وإن كان ما في المتن والشرح لا يخلو من بحث من وجوه .

كما أن ما في القواعد أيضاً من أنه « لو أقام المدعى عليه بينة أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فردّ شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما » كذلك أيضاً وإن قال في كشف الثام : « فهما شاهداً فرع على الحاكم » .

ثم إن المراد بمشاهدة فعل ما يقدر في العدالة حصول العلم بكونه

على الوجه المحرم وإلا لم يشهد به ، ضرورة أهمية شرب الخمر مثلاً من ذلك ، ودعوى أن للأفعال ظهوراً يجب الأخذ به كالأقوال واضحة المنع ، فإن الفعل من حيث هو كذلك لا ظهور فيه ، وإنما يحصل معه بعض المقارنات المقتضية لكونه كذلك ، فهي إن أفادت العلم جرى عليه الحكم ، وإلا كان من الظن الذي لا دليل على حجتيه بل الدليل على خلافه ، نعم لا عبرة بالاحتمال الذي لا يعتد به ولا ينافي القطع في العادة ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة * الحادية عشرة : *

* لو ثبت عدالة الشاهد * مثلاً * حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها * لقاعدة اليقين * وقيل * وإن كنا لم نتحقق القائل بذلك منا : * إن مضت مدة يمكن تغير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه * نعم هو محكي عن بعض العامة لبعض الاعتبارات * و * لكن * لا حد لذلك ، بل بحسب ما يراه الحاكم * وعن المبسوط عن بعضهم تحديده بستة أشهر ، ولا يخفى عليك ضعف الجميع .

المسألة * الثانية عشرة : *

* ينبغي أن يجمع قضايا كل أسبوع ووثائقه وحججه * التي للغير عنده * ويكتب عليها * قضاء أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا ومحضر فلان وسجل فلان ووثيقة فلان ، بل ينبغي جمع قضاء كل يوم ، ويكتب عليه : قضاء يوم كذا من اسبوع كذا .

وعلى كل حال ﴿ فاذا اجتمع ما لشهر كتب عليه : قضاء شهر كذا ، فاذا اجتمع ما لسنة جمعه وكتب عليه : قضاء سنة كذا ﴾ كل ذلك لتسهيل إخراج المطلوب منه له ولمن بعده من الحكام من ديوان الحكم، وكان ينبغي ذكر ذلك في الآداب ، خصوصاً مع عدم دليل له سوى ما عرفته فيها وسوى ما في خبر عقبة بن خالد (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) المشتمل على قضية مع غيلان بن جامع وفيه « قلت : وكيف تقضي يا غيلان ؟ قال : أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم أطرحه في الدواوين، قال : قلت : هذا الحكم من القضاء » الحديث .

المسألة الثالثة عشرة : ﴿

﴿ كل موضع وجب على الحاكم كتابة المحضر فـ ﴾ سلا يجب عليه مقدماته لكن ﴿ إن حمل له من بيت المال ما يصرفه في ذلك ﴾ لأنه من أهم مصالح السياسة ﴿ وجب عليه الكتابة ؛ وكذا إن أحضر الملتمس ذلك من خاصته و ﴾ إلا فـ ﴿ سلا يجب على الحاكم دفع القرطاس ﴾ والمداد والقلم ونحو ذلك ﴿ من خاصته ﴾ لعدم ثبوت الوجوب المطلق المقتضي لذلك ، بل لا دليل على الوجوب مع البذل أيضاً وإن نسبه في المسالك إلى الأشهر تارة وإلى المعروف بين الأصحاب أخرى ، معللاً له بأن ذلك حجة فكان عليه إقامتها كالحكم ، وكما لو أقر له بالحق وسأله الاشهاد على إقراره إلا أنه كما ترى : ضرورة أن الحجة حكمه والاشهاد عليه لا كتابة الحكم ، بل وكذا كتابة الاشهاد على الاقرار .

وقوله تعالى (١) : « ولا يَأْب كاتب أن يكتب » مع أنه في غير ما نحن فيه محمول على ضرب من الكراهة ، للقطع بعدم وجوب ذلك ، نعم هو راجع من حيث كونه قضاء حاجة وضبطاً للحق وإقامة للمعروف . بل ينبغي أن يكتب نسختين : إحداهما تكون في يد الملتمس والأخرى تبقى في ديوان الحكم لتتوب عن الأخرى على تقدير تلفها ، وليؤمن من تغييرها ، بل في المسالك وجوب كتابة النسختين على تقدير القول بوجوب أصل الكتابة ، ولكن قد عرفت ما في الأصل فضلاً عن الفرع ، اللهم إلا أن يكون منصوباً من قبل الامام (عليه السلام) لذلك على وجه يرتزق من بيت المال ، فان الوجوب عليه متجه حينئذ ، والله العالم .

المسألة الرابعة عشرة : ﴿

﴿ يكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوي البصائر والأذهان القوية (٢) مثل أن يفرق بينهم ﴾ ويكلفهم ما يثقل عليهم من المبالغة في مشخصات القضية التي شهدوا بها ، ووعظهم وتحذيرهم عقاب شهادة الزور ﴾ لأن في ذلك ﴾ نوع ﴾ غضاضة لهم ﴾ وامتنان ﴾ و ﴾ إن كان لا يصل إلى حد الحرمة . نعم ﴾ يستحب ذلك في موضع الريبة ﴾ ولو لضعف بصيرة الشاهد وذهنه للاستظهار ، كما عرفته سابقاً .

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٨٢ .

(٢) وفي الشرائع الموجود عندي « الأديان القوية » .

المسألة الخامسة عشرة: ﴿

﴿ لا يجوز للحاكم ﴾ بلا خلاف أجده فيه ﴿ أن يتعنع الشاهد وهو أن يداخله في ﴾ أثناء ﴾ التلطف بالشهادة ﴾ بكلام يجعله ذريعة إلى أن ينطق به ويعدل عما كان يريد هداية له إلى شيء ينفع أو إيقاعاً له فيما يضر ﴾ أو يعقبه ﴾ بكلام ليجمعه نعمة شهادته ، وليستدرجه إليه بحيث تصير به الشهادة مسموعة أو مردودة .

﴿ بل ﴾ يجب عليه أن ﴾ يكف عنه حتى ينتهي ما عنده ﴾ ويحكم بمقتضاه حينئذ ﴾ وإن ﴾ كان ﴾ يتردد ﴾ ويتلعم في شهادته لهيبة الحاكم ومجلس الحكومة أو غيرها ، بل في المسالك حرمة ذلك عليه سواء كان الشاهد يأتي بما داخله به وتعقبه لولاه أم لا ، وهو كذلك بناءً على اعتبار القصد المزبور بالتعنت ، بل لا فرق بين الحاكم وغيره عدا الخصم فيه ، لما فيه من تضييع الحق وترويج الباطل ونحوهما مما هو معلوم الحرمة لغير الحاكم فضلاً عنه ، أما إذا لم يكن كذلك بل كان من الاعانة على إبراز مقصده ونحو ذلك فيشكل حرمة ، للأصل وغيره .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴾ لو تردد ﴾ الشاهد ﴾ في الشهادة ﴾ لأمر قد عرض له ﴾ لم يجوز ترغيبه في الاقدام على الإقامة و﴿ لإغراؤه بذلك ، كما ﴾ لا ﴾ يجوز له ﴾ تهويله في إقامتها ﴾ وترديده بها بعد فرض جزمه بالمشهود به ، لما فيه من الأمر بالمنكر والنهي عن المعروف . ﴿ وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الاقرار ﴾ بالحق ﴾ لأنه ظلم لغريمه و ﴿ لكن ﴾ يجوز ذلك في حقوق الله ، فإن الرسول (صلى الله عليه وآله) قال لما عز عند اعترافه بالزنا : لعلك قبلتها ، لعلك

لمستها في الخبر (١) المشهور وهو تعريض منه بإيثار الاستتار وحمل له على عدم الانعام بتكرار الاقرار أربع مرات ، كل ذلك من الرأفة بعباده ورحمتهم ، ولذا درأ عنهم حدوده بالشبهات (٢) .

المسألة السادسة عشرة :

يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه لما فيه من ترجيحه على الآخر وتطرق التهمة والميل ، وقد روي (٣) أن أمير المؤمنين (عليه السلام) نزل به ضيف فمكث عنده أياماً ثم تقدم إليه في خصومة لم يذكرها له ، فقال له : أخصم أنت ؟ قال : نعم ، قال : تحوّل عنا ، لأن رسول الله نهى أن يضاف الخصم إلا ومعه خصمه ، بل الظاهر مرجوحية حضور ضيافة الخصم مطلقاً ، بل وكل ما يقتضي ترجيحه على خصمه ، والله العالم .

(١) سنن البيهقي ج ٨ ص ٢٢٦ .

(٢) إشارة الى ما رواه في الوسائل - الباب - ٢٤ - من ابواب مقدمات الحدود - الحديث من كذب الحدود .

(٣) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ٢ .

المسألة ﴿ السابعة عشرة ﴾ :

﴿ الرشوة ﴾ مثلثة ﴿ حرام على آخذها ﴾ إجماعاً بقسميه ونصوصاً (١) بل في المسالك اتفاق المسلمون على تحريم الرشوة على القاضي والعامل .
 ﴿ و ﴾ كذا ﴿ بأثم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل ﴾
 للاعانة على الاثم ﴿ و ﴾ لأن النبي (صلى الله عليه وآله) لعن الراشي والمرتشي (٢) نعم ﴿ لو كان ﴾ توصل بها ﴿ إلى حق ﴾ قد توقف على ذلك ﴿ لم يأثم ﴾ هو واختص الاثم بالآخذ ، بل ظاهر المصنف والفاضل جواز ذلك وإن لم يتوقف ، ولعله كذلك إذا لم يعلم الحال مع معروفة مدخلية الرشوة في ذلك عند قضاة العامة وعماهم .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ يجب على المرتشي إعادة الرشوة إلى صاحبها ﴾ لبقائها على ملكه ، حتى لو وقعت في ضمن عقد هبة أو بيع محاباة أو وقف ، فإنه بناءً على أن نحو ذلك من أفراد الرشاء لا ريب في فساد العقود المزبورة ، نحو ما كان منها إعانة على الاثم ، ترجيحاً لأدلة فسادها على ما يقتضي صحتها ، بل النهي فيها عن نفس المعاملة ، بل لعل ذلك هو مبنى فساد الرشوة التي هي غالباً تكون بعنوان الهبة رشوة .

كما أن منه يتضح الأمر في الهدية أيضاً ، ضرورة أنه متى كانت أيضاً رشوة لحقها حكم الهبة رشوة " حرمة " وفساداً ، أما إذا لم تكن رشوة ولا متوصلاً

(١) الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي والباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به

من كتب التجارة .

(٢) المستدرک - الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي - الحديث ٨ .

بها إلى باطل أو جزاء عليه فلا ريب في حليتها ، وإطلاق النصوص (١) أن هدايا العمال غلول وسحت ونحو ذلك يمكن إرادة المدفوعة لهم دفعاً للبطل ونحوه منهم منه ، وهو شيء آخر غير الرشوة التي هي محرمة وإن كانت للحكم بالحق على الأصح ودليله ما يستفاد من خبر تحف العقول (٢) وغيره مما تقدم في المكاسب (٣) كما يمكن إرادة بيان حرمة استيثار العمال بها ، بل مرجعها إلى بيت مال المسلمين ، لأنه من توابع عمل المسلمين . وهو المراد حيثئذ من خبر أبي حميد الساعدي (٤) « استعمل النبي (صلى الله عليه وآله) رجلاً من الأسد يقال له أبو الليثة على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم وهذا أهدي لي ، فقام النبي (صلى الله عليه وآله) على المنبر ، فقال : ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول : هذا لكم وهذا أهدي لي ، فهلاًّ جلس في قلب بيت أمه وأبيه ينظر أبهى له أم لا ، والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة إن كان بغيراً له رغاءً أو بقرة لها خوار أو شاة تنفر ، ثم رفع يده حتى رأينا عفرة إبطه ، وقال : اللهم هل بلغت ؟ اللهم هل بلغت ؟ » وليس المراد منه حرمة الهدية في نفسها مع أنه هو (صلى الله عليه وآله) أمر بالتهادي للتحاب والتواد (٥) ولا زال (ص) يقبل الهدية ، حتى قال (٦) : « لو أهدي إليّ كراع لقبيلته » .

(١) الرسائل - الباب - ٨ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ٦ والباب - ٥ - من ابواب

ما يكتب به - الحديث ١٢ من كتاب التجارة وسنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٢٨ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب ما يكتب به - الحديث ١ من كتاب التجارة

(٣) راجع ج ٢٢ ص ١٤٥ - ١٤٩ .

(٤) سنن البيهقي ج ٤ ص ١٥٨ .

(٥) (٦) الوسائل - الباب - ٨٨ - من ابواب ما يكتب به - الحديث ١٣ - من كتاب التجارة

فالتحقيق حينئذ ما عرفت من حرمة الهدية رشوة كالهبة رشوة^(١) وحينئذ يكون الرشاء أعم من كل من هذه العقود من وجه نحو الإعانة على الائتم، فتأمل جيداً كي تعرف ما في المسالك وغيرها من حرمة الهدية للقاضي والعامل ممن لم تكن عادته الهدية له قبل ذلك أو كانت للقاضي من أحد الخصمين، بل وغير ذلك من المباحث.

وكيف كان فـ لو تلفت^(٢) أي الرشوة قبل وصولها إليه ضمنها له^(٣) لعموم «على اليد» (١) وغيره مما تقدم الكلام فيه وفي جميع ما يتعلق بالمسألة موضوعاً وحكماً في المكاسب (٢) فلا حظ وتدبر ليظهر لك الحال في كثير من مباحث المقام حتى الاشكال في الضمان مع التلف، خصوصاً إذا كانت الرشوة من الأعمال التي تبرع بها الراشي ونحوه مما لا يد فيه للمرتشي ولا أمر بالعمل، وحتى فيما ذكره بعض من حرمة ما يقع من المدعي من الأعمال لأجل الحكم وإن لم يدخل ذلك تحت الرشوة في الاسم ولكن يدخل في الحكم، ضرورة عدم الدليل على الحرمة المتنافية للأصل وغيره بعد عدم الاندراج في اسم الرشوة أو غيره مما هو عنوان للحرمة كالتوصل به إلى الباطل ونحوه، أما إذا كان وصلة إلى الحق فلا بأس به بعد أن لم يكن رشوة كما هو الفرض.

هذا وقد يقال: باختصاص الرشوة فيما بذل للقاضي على الحكم ولو بحق وللعامل على الباطل، أما الثاني فللإجماع المحكي في المسالك، وأما الأول فلظاهر النصوص (٣) وما في بعضها من الإطلاق كالنبوي (٤) الذي

(١) المستدرك - الباب - ١ - من كتاب القصب - الحديث ٤، وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

(٢) راجع ج ٢٢ ص - ١٤٩.

(٣) الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي.

(٤) المستدرك - الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي - الحديث ٨.

لا ينافيه القيد في آخر غير جامع لشرائط الحجية في الخروج عن أصل البراءة ونحوه ، والله العالم .

المسألة * الثامنة عشرة : *

﴿ إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم ﴾ واستعدى الحاكم عليه أعداءه و ﴿ أحضره ﴾ مع الامكان ﴿ إذا كان حاضراً ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في المسالك نسبته إلى علمائنا وأكثر العامة ، وكذا عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه ، لتعلق حق الدعوى به ، ولاقتضاء منصبه ذلك ﴿ سواء حرّر المدعي دعواه أم لم يحبرها ﴾ وسواء كان من أهل المروات أم لا ، ونحوها ولو كان قاضياً معزولاً (١) وسواء علم الحاكم بينها معاملة أم لا ، خلافاً لبعض العامة والمحكي عن الاسكافي منا ، فلم يوجبوا إحضار ذوي المروات والشرف مجلس الحكم ، وعن بعض أنه يستدعيه إلى منزله ، ولا ريب في ضعفه ، لاطلاق الأدلة وغيره وإن كان الأولى التحرز في إحضار ذوي الشرف وخصوصاً القاضي المعزول ونحوه .

ثم الاحضار قد يكون بجتم يدفعه إلى المدعي ليعرضه عليه مكتوب فيه « أجب القاضي » وقد يكون بمحض من الأعوان .

(١) الموجود في النسخة الأصلية ابتداءً هكذا « وسواء كان من أهل المروات أم لا » ثم اضيف في الهامش بعد قوله : « أم لا » قوله : « ونحوها ولو قاضياً معزولاً » فصارت العبارة مشوشة : ولو كان ما في الهامش خارجاً بعد قوله : « المروات » كان أولى ، حيث تكون العبارة هكذا « وسواء كان من أهل المروات - ونحوها ولو قاضياً معزولاً - أم لا » .

ويكون مؤونته على الطالب إن لم يرزق من بيت المال ، بل إن كان امتناعه عصيانياً استعان بأعوان السلطان وعزّره بما يراه ، بل في المسالك « في كون مؤونة المخضر - والحال هذه - على المطلوب لامتناعه أو على المدعى وجهان » وإن كان فيه ما لا يخفى ، بل في أصل وجوب المؤونة فيه وفي الأول إذا لم تدرج تحت سبب من الأسباب الشرعية نظر ، إذ لا دليل عليها هنا بالخصوص على وجه يحكم بوجوبها وإن لم تدرج في معاملة الاجارة أو الجعالة أو نحوهما مما يتوقف على التراضي كما هو واضح . وكذا النظر فيما ذكر هنا أيضاً من أنه « إن استخفى بعث من ينادي على بابه أنه إن لم يحضر إلى ثلاث سموت داره أو ختم عليها ، فإن لم يحضر بعد الثلاث وسأل المدعي السمر أو الختم أجابه إليه » إذ لم نجد له دليلاً بالخصوص وإنما هو أحد أفراد التهزير التي هي للحاكم .

وفي القواعد « فان لم يحضر بعد الختم بعث الحاكم من ينادي إن لم يحضر أقام عنه وكيلًا وحكم عليه » فان لم يحضر فعل ذلك وحكم عليه وإن لم يحكم عليه حال الغيبة ابتداءً » ولعله لأن الحاكم ولي الممتنع فيما امتنع منه الذي منه التوكيل هنا ، بل مقتضى إطلاقه ردّ اليمين من الوكيل على المدعي مع عدم البينة ، بناءً على أن له التوكيل على ذلك ، فتأمل جيداً .

وإن كان عدم حضوره لعذر كالمرض ونحوه لم يكلف به ، ولكن إذا أمكن الجمع بينه وبين حق المستعدي بتوكيل وكيل عنه وإرسال من يحلفه إن ترتب عليه اليمين أو إرسال من يحكم بينهما فعله ، وإلا فلا ، بل للمستعدي عليه التوكيل مع الاختيار أيضاً ، ويلزم المستعدي الرضا بذلك ، خلافاً لأحمد وأبي حنيفة ، فلم يوجبا عليه الرضا بذلك ، وإذا أبي إلا حضوره أجبر عليه إن امتنع ، هذا كله مع حضور الخصم .

﴿ أما له كان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحرّر ﴾ المدعي ﴿ دعواه ﴾ بخلاف الأول ﴿ والفرق ﴾ بينها ﴿ لزوم المشقة في الثاني ﴾ ويمكن أن تكون غير مسموعة ، فمشروعية الإرسال عليه قبل تحريرها مشقة وضرر وخرج ﴿ وعدمها في الأول ﴾ الذي هو حاضر ، إذ لا مشقة عليه بالحضور .

لكن لا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة أنه إن كان مجرد الدعوى حقاً وإن لم تحرّر لم يكن فرق بين الحاضر والغائب ، ولعله لذ أطلق المصنف في النافع وجوب اعداء الحاكم للمستعدي باحضار خصمه ، وإلا لا يجوز إحضاره قبل تحرير الدعوى ، كما عن بعض المتأخرين احتماله ، خصوصاً بعد ترتب ما سمعته من التعزير عليه ، بل في الرياض وله وجه ، إلا أن الإجماع الظاهر والمحكي حتى في كلامه كفانا مؤونة البحث في ذلك ، سيما مع اعتضاده بما ذكر من أن ذلك كان معمولاً به في الزمن السابق إلى الآن من غير إنكار .

لكن الانصاف أنه لا يخفى عليك ما في دعوى الإجماع في أمثال هذه المسائل ، على أن المحكي عن الفاضل في المختلف عدم وجوب إحضار الغائب بعد تحرير الدعوى ، بل الحاكم يطلب من المدعي إثبات حقه ، فإذا ثبت أحضر ، فإن حضر وإلا باع ماله ودفعه إلى المدعي ، نعم لو لم يتمكن من الإثبات وطلب الخصم إحضاره لتحليفه أو كان معه المال بعث حينئذ في طلبه ، وإليه يرجع ظاهر ما عن الجامع وصريح الاسكاني من أنه لم يجب إحضاره إلا بعد أن يثبت المستعدي حقه عند الحاكم .

إلا أن ظاهرهما إحضاره حينئذ من دون ذكر بيع ماله إن لم يحضر ، فيتنق الثلاثة حينئذ على اعتبار إثبات الحق في وجوب الإحضار في الغائب ، ولعله للأصل وغيره بعد عدم الإجماع فيه بخلافه في الحاضر ، اللهم إلا

أن يدعى عدم الفرق بينها في اقتضاء المنصب لإغائة المستعدي ، وحيثئذ يتجه عدم اعتبار التحرير فيه كالحاضر ، والفرق بينها بالمشقة التي يمكن وجودها في الحاضر لشرف أو غيره كما يمكن عدمها في الغائب غير مجد ، وحيثئذ يتجه إطلاق المصنف في النافع ، فتأمل جيداً فإن المقام لا يخلو من تشويش في الجملة ، خصوصاً بملاحظة كون موضوع المسألة إحضار الخصم باستعداد خصمه ، لا إرادة إثبات حقه ، فإن ذلك مقام آخر ، وهو الحكم على الغائب عن مجلس الحكم وإن كان حاضراً في البلد ، وإحضاره لاستيفاء الحق منه غير إحضاره ليتبين أن الحق عليه أم لا .

ثم إن ﴿ هذا ﴾ كله ﴿ إذا كان في بعض مواضع ولايته وليس له هناك خليفة يحكم ﴾ وإلا سمع بيته إن كانت وأرسل إلى خليفته ، بل إن كان هناك من يصلح للاستخلاف أذن له في القضاء بينها .

﴿ وإن كان في غير ولايته ﴾ لم يكن له أن يحضره كما في المسالك وإن كان لا يخلو من تأمل و﴿ أثبت الحكم عليه بالحجة وإن كان ﴾ هو ﴿ غائباً ﴾ وباقياً على حجته من جرح أو غيره ، لما ستعرف من جواز الحكم على الغائب بشرائطه ، وإن رضي المدعي بأن يكتب إلى خليفته أو من يصلح للحكم أو لوالٍ هناك أن يفصل بينها فعل ، وإن سأله إقامة البيعة عنده فإذا ثبت كتب بالثبوت إلى أحد هؤلاء من دون حكم فعل ، وإن أقام شاهدين لا يعرفها الحاكم كتب « حضرني فلان بن فلان فادعى على فلان بن فلان وأشهد فلاناً وفلاناً » ليكون الحاكم هناك هو الباحث عن عدالتهما إن لم يعرفهما .

﴿ ولو ادعى على امرأة فإن كانت برزة ﴾ أي من عادتها البروز لحوائجها ولو إلى مجالس الرجال ﴿ فهي كالرجل ﴾ في جميع ما ذكرنا بالنسبة إلى الحضور والغيبة ، وإن زادت باشرط كون الطريق آمناً بالنسبة

إليها ومعها من يوثق به من محرم أو نسوة ، إلا أن مرجع ذلك كله إلى خلوها عن العذر ولو بالنسبة إليها وعدمه ، ومثل ذلك في الرجل وإن اختلفت الأعدار بالنسبة إليها .

﴿ وإن كانت مخدرة ﴾ لا تخرج إلى مجالس الرجال وإن اتفق خروجها لضرورة ولو عزاء أو حمام أو زيارة أو نحو ذلك لم تكلف الحضور ، لكونها معذورة حينئذ: ولكن ﴿ بعث إليها من يثق به في الحكم بينها وبين غريمها ﴾ جمعاً بين الحقيين أو توكل عنها وكيلاً للمخاصمة فإذا احتاج إلى تحليفها أرسل إليها من يحلفها ، ولكن في القواعد يرسل معه شاهدين على حلفها ، وفيه أنه يمكن الاستغناء باخبار الأمين على ذلك. نعم لو لم يعرفها الأمين أنها المستعدي عليها طلب شاهدين على ذلك أو تبين ذلك بقرائن وحكم بينهما من خلف الستر ، فإن لم تكن بيّنة تعرفها من خلفه بسماع كلامها ونحوه التحفت بجلاباب ونحوه وخرجت من وراء الستر ، بل إن احتيج إلى الاسفار أسفرت .

قال أبو الحسن الأول (عليه السلام) لجعفر بن عيسى بن يقطين (١): « لا بأس بالشهادة على إقرار المرأة وليست بمسفرة إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها ، فأما إن لا تعرف بعينها ولا حضر من يعرفها فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها وعلى إقرارها دون أن تسفر وينظروا إليها » . وكتب الصفار (٢) إلى الحسن بن علي (عليها السلام) « في رجل أراد أن يشهد على امرأة ليس لها بمحرم هل يجوز له أن يشهد عليها وهي من وراء الستر ويسمع كلامها إذا شهد رجلان عدلان أنها فلانة بنت فلان التي تشهدك وهذا كلامها أو لا تجوز له الشهادة عليها حتى تبرز

(١) الورق ٤٣ - الباب ٤٣ - من كتب الشهادات - الحديث ١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٤٠ - الرقم ١٣٢ .

ويتبينها بعينها ؟ فوقّع (عليه السلام) تشنّقب وتظهر للشهود .
ولو استعدى على الشاهدين أنها شهدا عايه زوراً أعداه وأحضرهما ،
فان اعترفا وإلا طوبل بالبينة على اعترافهما ، فان لم يكن توجهت له
اليمين على الأقرب ، بل عن الايضاح او ادعى عليها بمال وأنها أثلّفاه
بشهادتهما الكاذبة واستوفى منه بغير حق توجهت اليمين قطعاً .
ولو ادعى أحد الرعية على القاضي فان كان هناك إمام يرافعه إليه
وإن لم يكن وكان قاض في غير ولايته يرافعه إلى قاضي تلك البقعة ،
وإن كان في ولايته وتعدد القاضي فيها فكل ذلك ، وإلا رافعه إلى خليفته .
والدعوى على السلطان مع إنكاره باطلة عندنا للعصمة وكذا الإنكار
لما يدعيه ، وقضية الأعرابي مع النبي (صلى الله عليه وآله) لما رافعه
إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) معروفة (١) .

النظر الثالث

﴿ في كيفية مجلس الحكم ﴾

﴿ وفيه مقاصد : ﴾

﴿ الأول : ﴾

﴿ في وظائف الحاكم ، وهي سبع : الأولى ﴾ نجب ﴾ التسوية
بين الخصمين ﴾ وإن تفاوتتا شرفاً وضعة ﴾ في السلام ﴾ عليها ورده

(١) الوصل - الباب - ١٨ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

﴿ والجلوس والنظر ﴾ إليهما ﴿ والكلام ﴾ معها ﴿ والانصات والعدل في الحكم ﴾ وغير ذلك من أنواع الاكرام كالإذن في الدخول وطلاقة الوجه ، بل في المسالك لو لم يمكن التسوية بينهما في جواب السلام ابتداءً بأن سلم أحدهما دون الآخر فيصبر هنيئاً رجاء أن يسلم الآخر فيجيبهما معاً ، فإن طال الفصل بحيث يخرج عن كونه جواباً للأول فليرد قبله على المسلم ، وقيل : لا بأس بأن يقول للآخر سلم ، فإن سلم أجابها معاً ، إلى غير ذلك مما ذكره في التموية .

لقول علي (عليه السلام) لشريح في خبر سلمة بن كهيل (١) :
« ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك ، ولا يئأس عدوك من عدلك » .

وقول النبي (صلى الله عليه وآله) في خبر السكوني (٢) : « من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الاشارة والنظر وفي المجلس » ونحوه النبوي (٣) بابدال « فليواس » . « فليساو » .

وفي آخر (٤) « ثلاث إن حفظتهن وعملت بهن كفتك ما سواهن ، وإن تركتهن لم ينفعك شيء : إقامة الحدود على القريب والبعيد ، والحكم بكتاب الله في الرضا والسخط ، والقسم بالعدل بين الأحمر والأسود » .
وقد تقدم ما عن أمير المؤمنين (عليه السلام) من نهى النبي (صلى

(١) و (٤) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ١ - ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ١ وهو قول أمير المؤمنين (عليه السلام) كما في الكافي ج ٧ ص ٤١٣ والتهذيب ج ٦ ص ٢٢٦ - الرقم ٥٤٣ .

(٣) أشار إليه في الوسائل - الباب - ١ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ٢ وذكره في الفقه ج ٣ ص ٨ - الرقم ٢٧ .

الله عليه وآله) أن يضاف خصم إلا ومعه خصمه (١) .
وفي الذبوي (٢) المروي في المسالك « من ابتلى بالقضاء بين المسلمين
فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعدته ، ولا يرفعن صوته على أحدهما
ما لا يرفع على الآخر » .

وفي الرياض « وهذه النصوص - مع اعتبار أسانيدها جملةً وحجية
بعضها - ظاهرة الدلالة في الوجوب ، كما هو الأظهر الأشهر بين متأخري
الطائفة وفاقاً للصدوقين ، بل حكى عليه الشهرة المطلقة في المسالك
والروضة ، فهي أيضاً لقصور النصوص أو ضعفها لو كان جابرة » .

إلا أنه لا ينبغي عليك ما فيه من دعوى اعتبار أسانيدها وحجية بعضها،
لأنه مبني على أنه إن كان في السند أحد من أصحاب الإجماع لم تقدح
جهالة الراوي بل وفسقه ، والتحقيق خلافه ، كما هو محرز في محله ، بل
وفي حكاية الشهرة ، مع أن الموجود في المسالك النسبة إلى الأكثر ، بل
الظاهر عدم تحقق ذلك على سبيل الوجوب ، خصوصاً في مثل عبارة
الصدوقين التابعة للتعبير بما في النصوص غالباً ، وحينئذ فقطع الأصول
المعظمة بمثل هذه النصوص المنساق منها إرادة ضرب من التدبب والكرامة
كما سمعت الفتوى بها في إضافة أحد الخصمين مشكل ، خصوصاً مع
ظهور خبر سلسلة في إرادة بيان الآداب في أحوال القاضي لا خصوص
المتخاصمين الذي هو محل البحث ، وصعوبة المساواة الحقيقية سيما مع
عدم التساوي منها في مقتضاها ، ودعوى أن ذلك من العدل الذي أمره
الله به ممنوعة إن كان المراد الوجوب حتى في نحو ذلك .

ومن هنا كان المحكي عن الديلمي والفاضل في المختلف وغيرهما

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب آداب القاضي - الحديث ٢ .

(٢) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٣٥ .

الاستحباب ، وهو الأقوى .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ سلا تجب التسوية في الميل بالقلب لتعذره غالباً ﴾ وقد كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول في القسم بين نسائه (١) : « هذا قسمي فيما أملك وأنت أعلم بما لا أملك » يعني الميل بالقلب .

وما في حسن الثمالي (٢) عن الباقر (عليه السلام) « أنه كان في بني إسرائيل قاض يقضي بالحق بينهم ، فلما حضره الموت قال لامرأته : إذا أنا مت فغسليني وكفنيني وضعيني على سريري وغطي وجهي فانك لا ترين سوءاً ، فلما مات فعلت ذلك ثم مكثت بذلك حيناً ثم إنها كشفت عن وجهه لتنظر إليه ، فاذا هي بدودة تقرض منخره ففرغت من ذلك ، فلما كان الليل أنهاها في منامها ، فقال لها : أفرعك ما رأيت ؟ قالت : أجل فقد فرغت ، قال لها : لئن كنت فرغت ما كان الذي رأيت إلا من أخيك فلان ، أتاني ومعه خصم له ، فلما جلسا إليّ قلت : اللهم اجعل الحق له ووجه القضاء على صاحبه . فلما اختصما كان الحق له ، ورأيت ذلك بيتاً في القضاء ، فوجّهت القضاء له على صاحبه ، فأصابني ما رأيت لموضع هواي كان معه موافقة الحق » محمول على ضرب من الحث على المراتب العالية ، بل الظاهر كون المراد في الأول أيضاً عدم إثارة أحدهما على وقوع ذلك منه .

أما إذا اتفق جلوسها مثلاً متفاوتاً من غير مدخلة للقاضي فلا يجب عليه أن يوقع التساوي بينهما كما عساه يظهر ممن عرفت ، لصعوبة إقامة

(١) سنن البيهقي - ج ٧ ص ٢٩٨ .

(٢) الوسائل - الباب - ٩ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ١ .

ج ٤٠ (عدم جواز تلقين أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه) - ١٤٣ -

دليل معتبر عليه ﴿ هذا كله مع التساوي في الاسلام أو الكفر (١) ﴾ .
﴿ و ﴾ أما ﴿ لو كان أحدهما مسلماً جاز أن يكون الذمي قائماً والمسلم قاعداً أو أعلى منزلاً ﴾ بلا خلاف ، بل في الرياض أنه كذلك قولاً واحداً ، وعن علي (عليه السلام) أنه جلس بمنجى شريح في حكومة له مع يهودي في درع (٢) وقال : « لو كان خصمي مسلماً جلست معه بين يديك ولكن قد سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول : لا تساوهم في المجلس » .

وهل تجب التسوية فيما عدا ذلك ؟ قد يتوهم من ظاهر العبارة ونحوها ذلك ، لكن التحقيق خلافه ، للأصل واختصاص النصوص (٣) الموجبة - ولو للتبادر - بغير الفرض المعلوم فيه شرف المسلم على غيره ، لما فيه من صفة الاسلام الذي يعلو ولا يعلو عليه .

المسألة الثانية : ﴿ (٤) ﴾

﴿ لا يجوز ﴾ للحاكم ﴿ أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه ﴾ بأن يعلمه دعوى صحيحة لم يكن في نفسه الدعوى بها

(١) وفي الشرائع : « وإنما تجب التسوية مع التساوي في الاسلام أو الكفر » .

(٢) راجع المفتي لابن قدامة ج ١١ ص ٤٤٤ .

(٣) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب كيفية الحكم .

(٤) هكذا في النسخة الأصلية المسودة والمبينة هنا وفيما يأتي من قوله (قلده) :

« المسألة الثالثة » و « المسألة الرابعة » وهكذا ، والصحيح كما في الشرائع زيادة

كلمة « المسألة » حيث إن البحث في وظائف الحاكم لا في المسائل .

أو الإنكار في دعوى القرض عليه لا دعوى الوفاء المقتضية للاقرار .
﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يجوز ﴿ أن يهديه لوجوه الحجاج ﴾ ونحوها
مما يستظهر به على خصمه ﴿ لأن ﴾ شرع ﴿ ذلك يفتح باب المنازعة ،
وقد نصب لسدها ﴾ .

ولا يندرج في التلقين عرفاً الاستفسار والتحقيق وإن اتفق تأديته في
بعض الأحوال إلى اعتداء الخصم إلى ما يفيد في خصومته ، كما أنه
لا يندرج في الفرض تلقينه بعد العلم بكونه على الحق ، إذ هو من المعاونة
على البر وإن كان فيه فتح لباب المنازعة ، إذ لا دليل على حرمة مطلقاً
أو من القاضي في جميع الأحوال ، ودعوى الاستغناء عن التلقين في القرض
بالحكم حيثئذ يعلمه يدفعها فرض وجود المانع من ذلك .

ثم إن الظاهر اختصاص الحكم بالمزبور أما غيره فلا دليل على حرمة
التلقين عليه بعد فرض عدم العلم بفساد الدعوى ، بل إن لم يكن إجماع
في القاضي أمكن المناقشة في تحريمه عليه فضلاً عن غيره ، ومجرد فتح
باب المنازعة المنسوب لسدها لا يقتضي حرمة ذلك ، خصوصاً بعد إمكان
اندراجه في تعليم محاورات الشرع ، والله العالم .

المسألة الثالثة : ﴿

﴿ إذا سكت الخصمان استحب ﴾ له ﴿ أن يقول لهما : تكلموا أو ليتكلم
المدعي ﴾ منكماً ﴿ ولو أحس منها ﴾ أن سكوتها ﴿ ب ﴾ سبب
﴿ احتشامه أمر من يقول لهما ﴾ ذلك ﴿ .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما ، لما
يتضمن من إمحاش الآخر ﴾ لكن في المسالك ما حاصله « أن ذلك منافٍ

لما تقدم من وجوب التسوية بينهما في الكلام ، فاما أن يكون ذلك استثناء من السابق أو رجوع عن الحكم ، وظاهر العلامة في التحرير والشيخ في المبسوط التحريم ، لأنها عبثاً بصيغة النهي كالسالف ، وهو حسن ، لاشتراكها في المقتضي له ، وفي الدروس لم يجعل التسوية في الكلام من الواجب ، وذكر كراهة تخصيص أحدهما بالخطاب هنا ، وهو يدل على كراهته مطلقاً .

قلت : قد عرفت أنه لا دليل على وجوب التسوية بينهما فيه بحيث يشمل الفرض ، بل هذا منه دليل على عدم إرادة ما يشمل ذلك منها ، بل المتجه للاقتصار على المتيقن الذي هو زيادة أحدهما على الآخر به على وجه يقتضي ظهور الميل إليه وإرادة الحكومة له ونحو ذلك مما يجر إلى التهمة ونحوها ، والله العالم .

المسألة الرابعة :

﴿ إذا ترفع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء و ﴾ لكن
 ﴿ يستحب ترغيبهما في الصلح ﴾ الذي هو خير ، ولا ينافي ذلك فورية
 القضاء عرفاً حتى لو طلب المحكوم له تنجيز الحكم عاجلاً ﴿ فان أيا ﴾
 أو أياً أحدهما ﴿ إلا المناجزة حكم بينهما (١) ﴾ كما هو واضح .

(١) وفي الشرائع هنا : « وإن اشكل آخر الحكم حتى يتضح ، ولا حد للتأخير إلا الوضوح » .

المسألة الخامسة ،

﴿ إذا ورد الخصوم مرتبين بدأ بالأول فالأول ﴾ من غير فرق بين الذكر والأنثى والشریف والوضیع ، لأحقية السابق من غيره في جميع الحقوق المشتركة .

﴿ فان ﴾ لم يعلم أو ﴿ وردوا جميعاً قیل : یقرع بينهم ﴾ بالطريق المتعارف فيها من وضع الرقاع في بنادق من طين وغيره ، لأنها لكل أمر مجهول ، ولمعلومية الترجيح بها في أمثال ذلك .

﴿ وقیل : یكتب أسماء المدعين ، ولا یحتاج ﴾ معهم ﴾ إلى ذكر الخصوم ﴾ لأن الحق لهم ، فان تعدد الخصوم لواحد منهم یخیر حیثئذ . ﴿ وقیل : یذكرهم أيضاً لئنحصر الحكومة معه ﴾ فلو كان له خصمان كتب رقعتين ﴿ وليس معتمداً ، و ﴾ على كل حال ﴿ یجعل ﴾ تلك الأوراق المكتوب علی ﴿ سها ﴾ أسماء المدعين ﴿ تحت سائر ﴾ مثلاً ﴿ ويخرج رقعة رقعة ثم یستدعي صاحبها ﴾ .

﴿ وقیل ﴾ بل في المسالك أنه المشهور : ﴿ إنما یكتب أسماؤهم مع تعسر القرعة بالكثرة ﴾ والتحقیق أن ذلك قسم من القرعة لأن الغرض تقديم من یقدم من المدعين من غیر ترجیح من قبل الحاكم ولا میل إلى أحدهم ، وهو یحصل بذلك ، بل لو لا ظهور الاتفاق لأمكن القول بالتخیر للحاكم المأمور على الاطلاق بالحكم بين الناس ، وأن المقام ليس من الحقوق في شيء .

ثم إن المتقدم بالسبق أو القرعة إنما یقدم في دعوى واحدة ، فان

كان له غيرها حضر في مجلس آخر . سواء كانت مع ذلك المدعى عليه أو غيره .

وكذلك الكلام في الازدحام على المفتي والمدرس في العلوم الواجبة ، أما المندوبة فالخيار إليه ، ولو أسقط السابق حقه سقط ، وظاهر العبارة وغيرها وجوب مراعاة هذه الأحكام ، وقد يناقش فيه للأصل وغيرها ، فينتج التخيير له في ذلك .

المسألة السادسة :

﴿ إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعي بدعوى لم يسمع حتى يجب عن الدعوى ﴾ التي هي أحق من دعواه بالسبق ﴿ وتنتهي الحكومة ، ثم يستأنف هو ﴾ دعواه إن لم يزاحمه أحد ، وإلا ترتب الحكم السابق ، والله العالم .

المسألة السابعة :

﴿ إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى ﴾ لما عرفت ﴿ ولو ابتدرا ﴾ معاً ﴿ بالدعوى سمع من الذي على يمين صاحبه ﴾ للإجماع المحكي عن المرتضى والشيخ ، ولقول الصادق (عليه السلام) في صحيح ابن مسلم (١) : « إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قضى أن يقدم صاحب اليمين » . وقوله (عليه السلام) في صحيح ابن سنان (٢) : « إذا تقدمت مع خصم إلى والٍ أو قاضٍ فكن عن يمينه » .

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ - ١ .

وفي محكي المبسوط نسبه إلى رواية أصحابنا ثم قال : « وقال قوم :
يقرع بينها ، ومنهم من قال : يقدم الحاكم من شاء ، ومنهم من قال :
يصرفها حتى يصطلحا ، ومنهم من كان يستحلف كل واحد منهما لصاحبه ،
وبعد ما رويناه القرعة أولى » .

وفي محكي الخلاف بعد ما ذكر رواية أصحابنا والأقوال المزبورة
قال : « دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم ولو قلنا بالقرعة على ما ذهب إليه
أصحاب الشافعي كان قوياً ، لأنه مذهبنا في كل أمر مجهول » وفيه أنه
لا جهالة بعد النص والإجماع .

﴿ ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما فيقدم
دفماً للضرر ﴾ وكذا المرأة التي تنضرر بالتأخير عن بيتها . وبالجمله
القرعة إنما هي مع عدم نضرر أحدهم وإلا ترجع ، لكن قد يناقش
بعدم اقتضاء ذلك سقوط حق الآخر كما في الإزدحام على باقي الحقوق
المشتركة ، اللهم إلا أن يفرق بين المقام وبينها برجوع الحق فيه إلى
اختيار القاضي وترجيحه ، فحيث لا يكون مرجع شرعي يرجع إلى القرعة ،
بخلاف ما في المقام الذي فيه قاعده الضرر والضرار ، والقرض عدم تضرر
الآخر ، فتأمل جيداً .

﴿ ويكره للحاكم أن يشفع في إسقاط حق ﴾ بعد ثبوته ﴿ أو
إبطال ﴾ دعوى قبله ، وفي المسالك وعلى هذا فطريق الجمع بين ذلك
وبين الترغيب في الصلح المقتضي غالباً لإسقاط بعض الحق إما بجعله
متوسطاً بين الإسقاط وعدمه ، أو جملة مستثنى كما يقتضيه كلام الأصحاب ،
لأن الصلح خير ، أو بعث غيره على ترغيبها في ذلك والوساطة بينهما في
الصلح ، كما صرح به أبو الصلاح ، وهذا أولى .

قلت : لعله لا تنافي بين رجحان الصلح قبل الحكم وإن تضمن بعض

أفراده إسقاطاً وبين الشفاعة في إسقاط الحق بعد ثبوته ، بل الفرق بينها في غاية الوضوح عرفاً ، ولعل المراد الجمع بين الشفاعة في إبطال الدعوى قبل الثبوت وبين رجحان الترغيب على الصلح المقتضى لبطلاتها فينتج حيثئذ ما ذكره .

وعلى كل حال فالوجه في الكراهة ما عن النبي (صلى الله عليه وآله) (١) سأله أسامة حاجة لبعض من خاصه إليه ، فقال : « يا أسامة لا تسألني حاجة إذا جلست مجلس القضاء ، فإن الحقوق ليس فيها شفاعة » .

﴿ المقصد الثاني ﴾

﴿ في مسائل متعلقة بالدعوى ، وهي خمس : ﴾

﴿ الأولى : ﴾

﴿ قال الشيخ ﴾ وأبو الصلاح وبنوا حمزة وزهرة وإدريس في ما حكى عنهم : ﴿ لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة ، مثل أن يدعي فرساً أو ثوباً ﴾ . وتبعهم الفاضل في المحكي من تحريره وإقرار تذكرته والشهيد في الدروس ، لانتهاء فائدتها ، وهو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بنعم .

﴿ و ﴾ فيه أنه مناف للمحكي عنه وغيره من أنه ﴿ يقبل الاقرار المجهول ويلزم تفسيره ﴾ ضرورة أنه مع فرض جواب المدعى عليه بنعم يكون من ذلك ، وحيثئذ فالقول بصحة الاقرار بالمجهول

(١) المتدرج - الباب - ١١ - من ابواب آداب القاضي - الحديث ٢ .

يستلزم صحة الدعوى المجهولة وإن كان متعلقها غير الاقرار بالمجهول .
ودعوى الفرق بينها - بأنه لو كلفنا المقر بالتفصيل ولم يقبل منه
إقراره لأدّى ذلك في بعض الأحوال إلى الرجوع عن الاقرار الذي اقتضى
تعلق حق الغير به بعموم « إقرار العقلاء » (١) بخلاف الدعوى ، فإن
الزامه بالتفصيل لا يقتضي ذلك ، لما فيه من داعي الحاجة إليها وكون
الحق له بخلاف المقر فإن الحق عليه - هي كما ترى .

ومن هنا قال المصنف : ﴿ وفي الأول إشكال ﴾ لوضوح ضعف
دليله وضعف الفرق المزبور وإن أمكن تقريره بوجه آخر ، ودو أنه
بالاقرار بتعلق حق المقر له وإن كان مورده مجهولاً ، لعموم « إقرار
العقلاء » (٢) وحينئذ فيلزم بتفسيره الراجع للجهاالة ، بخلاف الدعوى
التي لا تعلق لها بغير المدعي ولا طريق لالزامه بتفسيرها ، إذ له رفع اليد
عنها ، فالجهاالة فيها لا طريق إلى تعرفها إلا بعدم سماعها مجهولة كي يلتجئ
إلى تفسيرها حتى تكون مسموعة ، ولكنه أيضاً كما ترى لا يرجع إلى شيء
معتبر شرعاً .

فالتحقيق أن يقال : لا ريب في عدم سماع الدعوى المجهولة من
كل وجه التي من أفرادها ما لا يقبل الدعوى به ، لعدم إحراز كونها
دعوى حينئذ توجب قضاءً بعد فرض كون الجهاالة فيها مقتضياً لاحتمال
ما لا يقبل الدعوى من أفرادها نحو « لي عنده شيء » .

أما المجهولة التي كليتها بوجوب غرامة بأي فرد يفرض تشخيصه
فلا مانع من قبولها ، وفاقاً لأكثر المتأخرين أو جميعهم إلا النادر ، لاطلاق

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الاقرار - الحديث ٢ والمستدرك الباب - ٢ -

منه - الحديث ١ .

ج ٤٠ (هل يعتبر ذكر الجنس والوصف إذا كان المدعى من الأئمان؟) - ١٥١ -

قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة على المدعي » والأمر بالحكم بين الناس في الكتاب (٢) والسنة (٣) ولاقتضاء عدم سماعها ضبر الحق ، لأنه ربما يكون المدعي يعلم مجهولاً .

كل ذلك مع أنه لا دليل على اعتبار العلم فيها أزيد مما ذكرنا ، فضلاً عن اعتبار مقدار ما يصح السلم فيه ونحوه منه ، كما هو ظاهر المحكي عن الشيخ ، وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله :

المسألة الثانية :

﴿ قال ﴾ أي الشيخ : ﴿ إذا كان المدعى من الأئمان افتقر إلى ذكر جنسه ووصفه ونقده ، وإن كان عرضاً مثلياً ضبطه بالصفات ولم يفتقر إلى ذكر قيمته ، وذكر القيمة أحوط ﴾ وأضبط ﴿ وإن لم يكن مثلياً ﴾ وقد تلف ﴿ فلا بد من ذكر القيمة ﴾ لأنها الواجبة حيثئذ .
﴿ و ﴾ لا ينبغي ما ﴿ في الكل ﴾ من ﴿ الاشكال ﴾ الذي قد عرفت أنه ﴿ ينشأ من مساواة الدعوى بالاقرار ﴾ ومن غير ذلك .

وكذا ما في الدروس قال فيها : « ولا تسمع الدعوى المجهولة كثوب وفرس ، بل يضبط المثلي بصفاته والقيمي بقيمته والأئمان بجنسها ونوعها وقدرها ، وإن كان البيع وشبهه ينصرف إطلاقه إلى نقد البلد ، لأنه إيجاب في الحال ، وهو غير مختلف ، والدعوى إخبار عن الماضي ، وهو مختلف ، أما دعوى الوصية فانها تسمع مع الجهالة ، وفي صحة

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٥٨ وسورة المائدة : ٥ الآية ٤٢ وسورة ص : ٣٨ الآية ٢٩

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب كيفية الحكم .

دعوى الاقرار وجهان : من نفعه لو صدقه وعدم إيجابه حقاً ، فان قلنا به صح مع الجهالة ، ولا إشكال في سماع الاقرار المجهول حذاراً من رجوعه لو ألزم بالتحريم بخلاف الدعوى .

ولا يخفى عليك ما فيه من غير تلك الجهة ، خصوصاً احتمال عدم سماعه دعوى الاقرار بناءً على كون المراد منه - ولو بقرينة المقام - الاقرار بالمجهول مع القول بصحته ، ضرورة أنه حينئذ كدعوى الوصية بالمجهول التي أشار إليها المصنف بقوله : **« أما لو كانت الدعوى وصية سمعت وإن كانت مجهولة ، لأن الوصية بالمجهول جائزة »** فان ذلك بعينه جارٍ في دعوى الاقرار بالمجهول ، ولذا لم نر أحداً احتمل عدم سماع الدعوى به مع القول بصحته .

ولعله لذا يمكن كون المراد التردد في أصل صحة دعوى الاقرار ولو بمعلوم ، كما أوماً إليه الفاضل في القواعد وإن جعل الأول أقرب ، بل لعل قوله : **« فان قلنا ، كالصريح في ذلك . »**

ولكن لا يخفى عليك ما في ثاني وجهي التردد ، ضرورة عدم اعتبار ذلك في صدق الاقرار وإن ذكر ذلك في تعريفه إلا أن المراد منه ما يشمل الاقرار بالاقرار ، فانه إخبار عن الحق بالواسطة .

كما لا يخفى أيضاً ما في التعليل في المتن وغيره لقبول الدعوى بالوصية المجهولة ، ضرورة عدم اقتضاء ذلك اختصاصها بالقبول ، فان ملك المجهول بغيرها متحقق أيضاً كالإبراث والهبة ، بل والصلح ونحوهما ، على أنه يمكن جهالته في الدعوى وإن كان قد انتقل إليه بالبيع المقارن لعلمه حال البيع دون غيره ، اللهم إلا أن يراد به ما عن الشيخ من أنه ليس غير الوصية من الأسباب ما يملك به المجهول في نفس الأمر وإن كان فيه منع ذلك ، ولو سلمت فالمسألة في الأعم منه ، وبذلك ظهر لك الحال

في المسألة ، ويأتي إنشاء الله زيادة إيضاح لها ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ سلابد من إيراد الدعوى بصيغة الجزم ﴾ التي يستدل بها على جزم المدعي بما يدعيه كما عن الكافي والغنية والكيبرى وظاهر الوسيلة بل في الكفاية نسبته إلى الشهرة ، وحينئذ ﴿ فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع ﴾ لأن من لوازم الدعوى الصحيحة إمكان رد اليمين على المدعي وهو منتفٍ ، وللقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعي أو عدمه ، وهو منتفٍ هنا أيضاً . ضرورة عدم جواز تناول المدعي هنا مع عدم جزمه ، ولعدم صدق الدعوى عليه عرفاً ، فلا يترتب الحكم من القضاء وغيره عليها .

﴿ و ﴾ لكن قال المصنف : ﴿ كان بعض من عاصرناه ﴾ وهو شيخه نجيب الدين محمد بن نما ﴿ يسميها في التهمة ويحلف المنكر ﴾ ثم قال : ﴿ وهو بعيد عن شبه الدعوى ﴾ الذي قد عرفت كونها في العرف الخبر الجازم ، ولكن إليه يرجع ما في الروضة ومحكي تعليق النافع للمحقق من التفصيل بين ما يعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة وغيره ، فتسمع في الأول دون الثاني ، بل عن الايضاح والمجمع أنه قوي عدم اشتراط الجزم ، ونفى عنه البأس في غاية المراد ، ومال إليه في المسالك اكن في الرياض أنه ليس قولاً لأحدٍ منا ، بل أصحابنا على قولين : اعتبار الجزم والاكتفاء بالتهمة في مقامها .

وكيف كان ففي المسالك تبعاً لغاية المراد ، أن المعتبر من الجزم ما كان في اللفظ ، بأن يجعل الصيغة جازمة دون أن يقول : أظن أو أتوهم كذا ، سواء انضم إلى جزمه بالصيغة جزمه بالقلب واعتقاده لاستحقاق الحق أم لا ، وهو كذلك ، فإن المدعي لا يشترط جزمه في نفس الأمر لأنه إذا كان للمدعي بينة تشهد له بحق وهو لا يعلم به فله أن يدعي به

عند الحاكم لتشهد له البينة ، وكذا لو أقر له مقرّ بحق وهو لا يعلم به فله أن يدعيه عليه وإن لم يعلم سببه في نفس الأمر ما هو ، ووجه ما اختاره المصنف من اشتراط الجزم بالصيغة أن الدعوى يلزمها أن يتعقبها يمين المدعي أو القضاء بالنكول ، وهما غير ممكنين مع عدم العلم بأصل الحق ، وأن المجهود من الدعوى هو القول الجازم ، فلا يطابقها الظن ونحوه ، وتبعها على ذلك في الرياض .

وفيه أن إظهار الجزم بالصيغة مع عدمه في القلب كذب وتدليس ، ضرورة كون ذلك خبراً من الاخبار لا إنشاء كي لا يحتمل الصدق والكذب والدعوى بالبينة والاقرار للذين هما حجتان شرعيتان بصورة الجزم بعد تسليمه لا يقتضي جوازها أيضاً بدون ذلك . وما ذكره من الوجه في كلام المصنف إنما ينطبق على الجزم القلبي لا الظاهري ، فلا محيص عن إرادة المصنف ما أشرنا إليه أولاً من اعتبار الجزم في نفس الأمر في المدعي وإن اكتفى الحاكم في إحراز ذلك بإظهار الجزم بالصيغة الدال على ذلك ، إذ ليس تكليف بأزيد منه وإلا فلو فرض علمه بمخالفة ما أظهره لما في نفسه لم يجوز له القضاء به . بناءً على الشرط المزبور ، نعم محل البحث في أصل اعتبار ذلك .

والتحقيق الرجوع إلى العرف في صدق الدعوى المقبولة وعدمها ، ولا ريب في قبولها عرفاً في مقام التهمة بجميع أفرادها وربما تؤيده النصوص الدالة على تخليف الأمين مع التهمة المتقدمة في كتاب الاجارة (١) وغيره .

كمخبر بكر بن حبيب (٢) « قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) :

(١) راجع ج ٢٧ ص ٣٤٢ - ٣٤٤ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٩ - من كتاب الاجارة - الحديث ١٦ .

أعطيت جبة إلى القصار فذهبت بزعمه ، قال : إن اتهمته فاستحلفه ، وإن لم تنهمه فليس عليه شيء .

وخبره الآخر (١) عنه (عليه السلام) أيضاً ، لا يضمن القصار إلا من جنت يده ، وإن اتهمته أحلفته .

وخبر أبي بصير (٢) عنه (عليه السلام) أيضاً ، لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك إلا أن يكونوا متهمين . فيخوف بالبيئة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً .

إلى غير ذلك من النصوص التي هي وإن كانت في غير ما نحن فيه من الدعوى بالتهمة لكن لا ريب في دلالتها على اقتضاء التهمة الاستحلاف أينما تحققت ، بل قد يؤيده أيضاً عمومات الأمر بالحكم كتاباً ومئة (٣) في جميع أفراد المنازعة والمشاجرة التي لا ريب في أن ذلك من أفرادها نحو قوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » (٤) . « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم » (٥) . « فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول » (٦) وغير ذلك ، واحتمال كون الحكومة في الفرض بالقضاء بكون الدعوى غير مسموعة منافي لما دل من النصوص (٧) على أن الضابط في قطع الخصومات البيئات والاضافة إلى اسم الله تعالى . وكذا لا ريب في تحقق الخصومة والمشاجرة مع عدم الجزم فيما يجده الرصي أو الوارث من سندات أو دفتر أو شهادة من لا يوثق بهم

(١) ر (٢) الوسائل - الباب - ٢٩ - من كتاب الاجارة - الحديث ١٧ - ١١ .

(٢) الوسائل - الباب - ١ - وغيره - من ابواب كيفية الحكم .

(٤) سورة المائدة : ٥ - الآية ٤٩ .

(٥) و(٦) سورة النساء : ٤ - الآية ٦٥ - ٥٩ .

(٧) الوسائل - الباب - ١ و ٢ - من ابواب كيفية الحكم .

أو غير ذلك .

وبالجملة فالممدار على ما يتعارف من الخصومة بسببه ، سواء كان
بجزم أو ظن أو احتمال ، أما ما لا يتعارف الخصومة به كاحتمال شغل ذمة
زيد مثلاً أو جنايته بما يوجب مالاً أو نحو ذلك مما لا يجري التخاصم
به عرفاً فلا صماع للدعوى فيه .

وبذلك بان لك ما أطنب فيه في الرياض من دعوى تبادر الجزم
من الدعوى الذي لو سلم في لفظها لم يسلم في المنازعة والمشاجرة ونحوهما
ومن اقتضاها التسلط على الغير بالالتزام بالاقرار أو الانكار والتعزير ،
وهو ضرر مني المعارض بنحوه بالنسبة إلى الخصم ، ومن اقتضاها يمين
المدعي أو القضاء بالنكول ، وهما غير ممكنين ، لامتناع الحلف على الظن
وامتناع ثمرة النكول ، إذ لا يستحل الغريم أن يأخذ بمجرد إنكار المدعي
عليه ونكوله عن اليمين ، لاحتمال كونه للتعظيم أو غيره الواضح منعه
بتكثر الدعاوي التي لا ردّ فيها كالدعوى من الوصي والتهمة للأمين
وغيرهما ، فهو حينئذ لازم لغير القرض ونحوه ، وكذا القضاء بالنكول
إن لم نقل بجواز الأخذ له به ، لأنه بمنزلة الاقرار ، أو لأنه يكون
عوض استحقاق اليمين أو لظهور نصوص (١) التهمة في ذلك ، بل
لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه النظر أيضاً في بقية كلامه ،
فلاحظ وتأمل .

كما أنه لا يخفى عليك الحال فيما لو حلف المنكر أو قضينا بالنكول
أما لو قلنا بأنه لم يقض إلا بردّ اليمين لم يردّ هنا ، لعدم إمكانه ،
بل توقف الدعوى .

قيل : ومنه يعلم ما في استدلال الشهيد لأصل القول بأن فيه حسماً

(١) الوسائل - الباب - ٢٩ - من كتاب الاجارة .

ج ٤٠ (هل يطالب المدعى عايه بالجواب أو ينتظر التماس المدعي ؟) - ١٥٧ -

لمادة النزاع ، إذ لا حسم حينئذ على هذا التقدير ، وإنما تنحسم على القول بالقضاء به . وهو لا يقول به ، فلا يوافق دليله مختاره إلا أن يلتزم بحبس المنكر إلى أن يقر أو يحلف ، كما ذكره الصميري . ولكن لم يذكره هو ولا من عداه ، بل ظاهرهم إيقاف الدعوى كما صرح به بعضهم ، مع أن حسم مادة النزاع غير منحصر في سماع الدعوى ، لا مكان ردها كسائر ما ترد فيه الدعاوى لإجماعاً ، كما مضى . وفيه ما عرفت من أن الأصل في حسم المشاجرة البينة أو اليمين ، ولا يُبعد في الالتزام بأحدهما في المقام وفي جميع نظائره ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ إذا تمت الدعوى ﴾ من المدعي ﴿ هل يطالب ﴾ الحاكم ﴿ المدعي عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعي ؟ فيه تردد ﴾ بل قولان للشيخ في المحكي من مبسوطه ﴿ والوجه ﴾ عند المصنف ، بل قيل : إنه الأشهر بل عن المبسوط عندنا مشعراً بالإجماع عليه ﴿ أنه يتوقف ، لأنه حق له . فيقف على المطالبة ﴾ .

ولكن الأوجه خلافه وفاقاً للمحكي عن جماعة ، للأصل ولكونه حقاً للحاكم المنصوب لقطع الخصومات إلا أن يسقط المدعي حقه ، وفي المسالك « ولقيام شاهد الحال على إرادته ذلك ، إذ من المعلوم عادة أن الإنسان لا يحضر خصمه مجلس الحكم إلا لأرادة فصل الدعوى بينه وبين خصمه المتوقف على سماع جوابه » ولكن فيه أن ذلك رجوع إلى القول بالتوقف على التماس المدلول عليه بشاهد الحال .

المسألة الرابعة :

﴿ لو ادعى أحد الرعية على القاضي ﴾ سمعت كما تسمع على غيره لاطلاق الأدلة السالم عن معارضة منافاة ذلك لرئاسة القضاء بعد حضور أمير المؤمنين (عليه السلام) مع يهودي مجلس القضاء (١) وحضور عمر مع أبي عند زيد بن ثابت (٢) والمنصور مع جمال ﴾ فان كان هناك إمام رافعه إليه وإن لم يكن وكان في غير ولايته رافعه إلى قاضي تلك الولاية ﴾ لاندراجهم حيثنذ في المولى عليه من الحاضرين في تلك الولاية. ﴾ وإن كان في ولايته ﴾ وكان له خليفة ﴾ رافعه إلى خلفته ﴾ بل في المسالك لا يجب إجابة المدعي إلى الذهاب معه إلى غيره مع وجوده ، لأن العدالة تمنع من التهمة ، وإن فرضت لم يلتفت إليها . قلت : قد يشكل ذلك بأن الأمر في من يرفع إليه إلى المدعي ، فع فرض عدم الضرر يجب اتباعه إذا طلب غيره ، بل قد يقال : إن ولاية الخليفة فرع ولايته التي لا يندرج فيها الحكم بالدعاوى المتعلقة به وإن كان قد يدفع بعد فرض الاذن له في الاستخلاف بتناول ولاية الخليفة حيثنذ للحكم في الدعاوى المتعلقة بالقاضي ، ضرورة ارتفاع المانع الذي هو الخصومة المانعة من القضاء كالشهادة ومعلومية خروج الحاكم بين المتخاصمين عنها ، وليس الخليفة وكيلًا كي لا يزداد على موكله . وعلى كل حال فلو لم يكن له خليفة ولو لعدم الاذن له في ذلك رافعه

(١) راجع التعليقة (٢) من ص ١٤٣ .

(٢) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٣٦ .

إلى حاكم آخر في غير ولايته ، ولا يشكل بعدم الولاية له على غير أهل ولايته ، للمعلومية كون المراد بأهل ولايته من حل فيها ولو من غيرها كالمسافرين ونحوهم ، كما هو واضح .

المسألة الخامسة :

يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم لأنه الموافق للأدب ، وليتمكن من التساوي بينهما في النظر وغيره ، ولما سمعته من كلام علي (عليه السلام) في حضوره مع اليهودي عند شريح (١) ولو قاما بين يديه كان جائزاً ، وليس في ذلك تكبر مناف ، والله العالم .

المقصد الثالث

في جواب المدعى عليه أي ما يصدر منه حال الدعوى عليه وهو إما إقرار أو إنكار أو سكوت ، فانه جواب بالامني المزبور ، على أن حكمه كما ستعرف مع الاصرار عليه جعله كاللناكل في رد اليمين على المدعي والحكم به ، فهو حيثل كالانكار ، ولعله لذا أطلق عليه اسم الجواب .

وعلى كل حال فتفصيل الحال في ذلك أما الاقرار فـ لا ريب في أنه يلزمه أي المقر ما أقر به إذا كان جائز التصرف والاقرار جامعاً لشرائط الصحة المتقدمة في بابه .

(١) راجع التليقة (٢) من ص ١٤٣ .

بل في المسالك وغيرها ، لزمه ذلك ، سواء حكم به الحاكم أم لا ، بخلاف البينة التي لا يثبت الحق بمجرد إقامتها . بل لابد معه من حكم الحاكم ، والفرق أن البينة منوطة باجتهاد الحاكم في قبولها وردها ، وهو غير معلوم بخلاف الاقرار ، وزاد في الرياض أنه « تظهر ثمرة الفرق المزبور بجواز مقاصة المدعي حقه إذا كان عيناً وادعائها مع عدم علمه بها بالاقرار دون البينة إذا لم يحكم الحاكم » .

ومرجع ذلك إلى اشتراط حجية البينة بحكم الحاكم بها وإن علم كونها مقبولةً عنده بخلاف الاقرار ، وحينئذ فهي حجة له يحكم بها ولغيره إذا حكم بها ، كما صرح بذلك في المسالك فيما يأتي .

ولكن قد يناقش بعموم أو إطلاق ما دل على قبولها من غير فرق بين الحاكم وغيره ، وإنما الحاكم يحكم بمقتضاها ، فيترتب على حكمه ثمراته من عدم سماع الدعوى بعده ونحوه ، لا أن أصل تناول المدعي بعد قيامها والعلم بقبولها عند الحاكم وثبوت الحق بها عنده وإن لم ينشئ الحكم به متوقف على حكمه ، خصوصاً لو فرض عدم علم المدعي إلا بها ، وحينئذ فالفرق بينها وبين الاقرار من هذه الجهة لا وجه له .

كدعوى الفرق بينهما بأن قبول البينة وردها يرجع إلى الاجتهاد بخلاف الاقرار ، ضرورة إمكان فرض المقام في البينة المعلوم بقبولها عند الحاكم ولكن بعد لم ينشئ الحكم بمقتضاها ، والاجتهاد في قبول البينة كالاجتهد في قبول الاقرار ، لقوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

ولذا استشكل الأردبيلي في الأخذ بالاقرار بدون حكم الحاكم . قال :

(١) الرسائل - الباب - ٢ - من كتاب الاقرار - الحديث ٢ والمستدرک الباب

- ٢ - منه - الحديث ١ .

« ولهذا لم يقدر أحد أن يشهد بثبوته في ذمته ، بل باقراره ، فليس الحكم إلا للحاكم ، لاجتهاده أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز والاجماع ، وإن كان هو كما ترى ، ضرورة جواز الأخذ بالاقرار لكل أحد فضلاً عن المقرر له .

فالتحقيق عدم الفرق بين البينة والاقرار في الأخذ بها من دون حكم الحاكم لكل أحد ولو من باب الأمر بالمعروف ، لعموم ما دل على حجية شهادة العدول في الدعاوى وغيرها ، بل لعل حكومة الحاكم بها لذلك أيضاً ، نعم لو لم تثبت عدالتها لم يجز الأخذ بها في الحكم الظاهر ، لعدم ثبوت ما هو الحجة شرعاً ، وحكم الحاكم بها ليرتب عليه قطع الدعوى بعد ذلك لا يقتضي توقف حجيتها في التناول لغير الحاكم من باب الأمر بالمعروف على حكم الحاكم ، كما هو واضح . وحينئذ لا فرق بين الاقرار والبينة بالنسبة إلى ذلك .

ودعوى الفرق بأنه لا مجال لحكم الحاكم مع الاقرار إذ لا خصومة حينئذ كي يحكم بقطعها بخلاف البينة يدفعها اتفاقهم ظاهراً على صحة حكم الحاكم به في المقام وإن قال في المسالك : « إن فائدته بعد فرض عدم توقف ثبوت الحق عليه إنفاذ حاكم آخر إياه ونحو ذلك بخلاف الحكم المترتب على البينة ، فإنه من تمام السبب في ثبوت الحق » .

ولكن فيه منع واضح بعدما عرفت من عدم الفرق بينهما بالنسبة إلى إنشاء الحكم من الحاكم بمقتضاها ليرتب عليه ثمراته ، فهما من هذه الجهة سواء في التوقف على حكم الحاكم ، كما أنها سواء في جواز التناول لهما ، لا من حيث الحكومة المقتضية لقطع النزاع وللفضل بين المتخاصمين ، بل من باب كون كل منهما حجة شرعية لكل من حصلا عنده ، بل لعل الحكم كذلك في باقي الموازين كالشاهد واليمين والنكول واليمين المردودة ،

ولعله إلى ذلك يرجع ما يحكى عن الاستناد الأكبر من توقفها معاً على حكومة الحاكم فيجب أن لا يكون فصل بين المتخاصمين إلا بإنشاء الحكومة منه ، من غير فرق بين البينة والاقرار وبين المنكر وغيرها ، وإن ثبت الحق بها قبل إنشاء الحكومة ، ولكل ثمرات ، والله العالم .

و ﴿ كيف كان فـ ﴾ هل يحكم ﴿ الحاكم ﴾ به ﴿ أي الاقرار ﴾ عليه ﴿ أي المقر ﴾ من دون مسألة المدعي ؟ قيل ﴿ والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه : ﴾ لا ﴿ يجوز ﴾ لأنه حق له ، فلا يستوفى إلا بمسألته ﴿ نحو ما سمعته سابقاً في سؤال الحاكم المدعي عليه الجواب من دون مسألته ، إلا أن الأقوى خلافه ، بل لعل في نسبة المصنف له إلى القيل هنا اشعاراً بتمريضه وإن كان مختاره في الأول التوقف . وكأنه فرق بينها بأن الحكم للحاكم كما هو مقتضى إطلاق أدلته بخلاف الدعوى سؤالاً وجواباً ، فانها لغيره .

وفيه منع ، ضرورة اقتضاء إطلاق الأدلة أن الحكومة ومقدماتها بعد حضور المتخاصمين مجلس الخصومة عنده إليه ما لم يرفعا يداً أو المدعي عنها ، ولذا كان الأقوى في المقامين عدم التوقف لذلك ، لا لما عن المختلف من أنه ربما يجهل المدعي أن ذلك حق له فيضيق حقه ، ضرورة اقتضائه تنبيه الحاكم له على ذلك لا الحكم بدون إذنه ، فالأولى الاستدلال بما سمعت ، على أن شاهد الحال في الموضوعين متحقق .

وربما استثمر بعضهم من تعليل عدم التوقف بالأخير الاتفاق منهم على اعتبار الاذن ، وإنما الخلاف في الاجتزاء عنها بشاهد الحال وعدمه . وفيه أنه ليس من الجميع ، بل صريح بعضهم الاستدلال بما يقتضى كون ذلك للحاكم ، على أنه لا بأس بذكره رداً للخصم القائل باعتبار الاذن ومماشة له ، وإلا فقد عرفت التحقيق .

بل قد يقال بوجوب الحكم على الحاكم بعد حصول مقتضيه وإن لم يرض المدعي ، كما لو وجّه اليمين على المنكر وحلف على ذلك وأراد الحاكم قطع الدعوى بإنشاء الحكم ولم يأذن المدعي لم يسمع منه ، كما لم يسمع من المنكر في غير الفرض .

ومن ذلك يعلم أن ثمرة الحكومة تارة تكون للمدعي وأخرى للمنكر ، فإطلاق كونها للمدعي في غير محله ، كإطلاق القول بتوقفها على الإذن المتأني منصب القاضي للفصل بين الناس وخصوماتهم التي يرجعون بها إليه ويحكمون فيما بينهم فيها .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ صورة الحكم ﴾ ما قدمناه سابقاً ، ومنه ﴿ أن يقول : ألزمتك أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله ﴾ قاصداً إنشاء الفصل بينها بذلك ﴿ ولو التمس أن يكتب له بالاقرار ﴾ أو بالحكم به لم يجب عليه ذلك على الأصح حتى لو بذل المقدمات ، كما عرفت البحث فيه سابقاً .

ولو أجاب ﴿ لم يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه ﴾ على وجه بتشخص به عن غيره بالطرق المفيدة لذلك ﴿ أو يشهد ﴾ عليها ﴿ شاهدا عدل ﴾ حتى يأمن بذلك من التدليس بجعل الحكومة بالاقرار أو الشهادة به لغیر من وقع ، كما اتفق حصوله في زماننا من بعض المزورة .

﴿ ولو شهد عليه بالخلية ﴾ والصفة المشخصة له عن غيره ﴿ جاز ولم يفتقر ﴾ حينئذ ﴿ إلى معرفة النسب واكتفى بذكر خليلة ﴾ واقتصار جملة من الأصحاب على الأول لا يقتضي الخلاف في الثاني ، وما عن ابن إدريس - من الاعتراض بانتفاء المستند للتحويل على الخلية وبأنه مصير إلى أن للإنسان أن يعمل بما يجد به خطأ مكتوباً من غير ذكر للشهادة وقطع على من شهد عليه الرجوع إلى العمل بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ ، وجميع ذلك

باطل عندنا - واضح الفساد .

ومن هنا قال في المختلف : « والتحقيق أنه لا مشاحة هنا ، لأن القصد تخصيص الغريم وتميزه عن غيره وإزالة الاشتباه ، فإن حصل ذلك بالتحلية جاز ، واللوازم التي ذكرها ابن إدريس غير لازمة ، لأن الخط جعل مذكراً ومنبهاً على القضية ، فإذا وقف الإنسان على خطه فإن ذكر القضية أقام الشهادة وإلا فلا » وهو جيد .

وكيف كان فإن امتنع المحكوم عليه بالأداء عنه أغلظ له بقول : يا ظالم ونحوه ولو التمس الغريم حبسه حبس بلا خلاف ، لقوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « ليّ الواجد يحل عقوبته وعرضه » وفي الموثق (٢) « كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص ، فإن أبى باعه فيقسمه بينهم » وغير ذلك مما قدمناه في الفلس (٣) .

ولو ادعى الاعسار الذي مرّ تحقيقه أيضاً كشف عن حاله ، فإن استبان فقره أنظره ^١ ووفقاً للمشهور ، للأصل ولقوله تعالى (٤) : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » وللموثق (٥) وغيره « إن علياً (عليه السلام) كان يحبس في الدين ، فإذا تبين له إفلاس وحاجة خلى سبيله حتى يستفيد ماله » ولخبر السكوني (٦) « إن امرأة استعديت علياً (ع)

(١) الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب القرض - الحديث ٤ وفيه « ليّ الواجد بالدين

يحل عرضه وعقوبته » .

(٢) الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب الحجر - الحديث ١ .

(٣) راجع ج ٢٥ ص ٢٨١ - ٢٨٢ .

(٤) سورة البقرة : ٢ الآية ٢٨٠ .

(٥) و (٦) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الحجر - الحديث ١ - ٢ .

على زوجها أنه لا يتفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسها، وقال:
إن مع العسر يسراً .

بل في كشف اللثام وخبر زرارة أو صحيحه (١) « كان علي (عليه السلام) لا يحبس في السجن إلا ثلاثة : الغاصب ومن أكل مال اليتيم ومن أوتمن على أمانة فذهب بها ، وإن وجد له شيئاً باعه غائباً أو شاهداً ، بل عن كشف الرموز أنه المراد برواية الانظار (٢) وإن كان هو كما ترى ، بل لا دلالة فيه على ما سمعته من الشيخ وابن حزة ، مضافاً إلى معلومية بطلان الحصر فيه بالاجماع وغيره ، بل وإلى منافاته ما سمعته من النصوص (٣) من الحبس في الدين ، والجمع بارادة الحبس الطويل أو حبس العقوبة أو نحو ذلك بعيد وإن كان هو أولى من الطرح ، فالعمدة حينئذ في إثبات المطلوب ما سمعت .

ولكن مع ذلك عن الشيخ في النهاية أنه يدفع إلى غرمائه ليؤجروه ويستعملوه ، لخبر السكوني (٤) « أن علياً (عليه السلام) كان يحبس في الدين ثم ينظر إن كان له مال أعطى الغرماء وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم : اصنعوا به ما شئتم ، إن شئتم أجروه وإن شئتم استعملوه .

وإلى ذلك أشار المصنف بقوله : ﴿ وفي تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه ﴾ يعني : أو إنظاره ﴿ روايتان أشهرهما ﴾ عملاً وأصحهما سنداً وأكثرهما عدداً وأوفقهما بالأصل والكتاب كما عرفت رواية ﴿ الانظار ﴾

(١) الرسل - الباب - ١١ - ن ابوا كيفية الحكم - الحديث ٢ وفيه « لا يحبس في الدين »

وفي التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩ الرقم ٨٣٦ « لا يحبس في السجن » .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الحجر .

(٤) الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الحجر - الحديث ٣ .

بل عن الشيخ أنه رجع عن العمل بها إلى ما عليه الأصحاب، بل كتابه
النهاية ليس معداً للفتوى ، بل هو متون أخبار ، وبذلك يظهر شلوذ
الرواية المزبورة ، فتطرح أو تحمل على ما إذا كان ذلك بالتراضي لارادة
قطع النزاع من زيادة الكسب لو غرم عليه على النفقة وعدمها أو غير ذلك .
ومنه يعلم ما في المحكي عن ابن حمزة أيضاً من أنه « إذا لم يكن
ذا حرفة خلي مسيله ، وإن كان ذا حرفة دفعه إلى الغريم ليستعمله ،
فما فضل عن قوته وقوت عياله بالمعروف أخذ بحقه » الذي مستنده أيضاً
الخبر المزبور الذي قد عرفت حاله وإن كان نفي عنه البعد في المختلف
قال : « لأنه متمكن من أداء ما وجب عليه ، وهو إيفاء صاحب الدين
حقه ، فيجب عليه ، أما الكبرى فظاهرة ، وأما الصغرى فلأن الفرض
أنه متمكن من الكسب والتحصيل ، وكما يجب السعي في المؤونة كذا
يجب في أداء الدين ، قال : ونمخ إعساره ، لأنه متمكن ، ولا فرق
بين القدرة على المال والقدرة على تحصيله ، ولهذا منعنا القادر على
التكسب بالصنعة والحرفة من أخذ الزكاة باعتبار إلحاقه بالغنى القادر
على المال - قال - : والآية - يعني آية الانظار (١) - متأولة بالعاجز عن
التكسب والتحصيل ، وكذا ما ورد من الأخبار (٢) ، فإن ذلك لا يفيد إلا
وجوب التكسب عليه ، وهو غير دفعه إليهم وجعلهم أولياء إن شأوا
استعملوه وإن شأوا أجروه ، على أن في أصل وجوب التكسب عليه
إشكالا وإن كان هو مقدمة للواجب الذي مقتضى الأصل كونه مطلقا ،
إلا أن ذلك يتوقف على إطلاق أمر بالأداء وإلا فالأصل في الواجب
أن يكون مشروطاً لأصل البراءة وغيره ، وإطلاق الكتاب والسنة إنما

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٨٠ .

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الحجر

يقضي الوجوب باليسار المتنوع صدقه بمجرد القدرة على التكسب الذي مقتضى ما سمعت كونه مشروطاً بالنسبة إليه .

هذا وفي المحكى عن المبسوط بعد ذكر الخلاف في الاجبار على التكسب وذكر خبر السكوني (١) قال : « ولا خلاف في أنه لا يجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاعتنام والتلصص في دار الحرب وقتل الأبطال وسلبهم ثيابهم وسلاحهم ، ولا تؤمر المرأة بالتزويج لتأخذ المهر وتقضي الديون ، ولا يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه ، لأنه لا دليل على شيء من ذلك ، والأصل براءة الذمة » .

ولعله لمعارضة دليل المقدمة بنفي الضرر والحرَج في بعض الأفراد المزبورة ، أو لعدم إطلاق في الأداء لو سلم على وجه يفيد وجوب نحو ذلك مما هو غير متعارف في التكسب، فيبقى حينئذ واجباً مشروطاً بالنسبة إلى ذلك ونحوه ، لا أنه مقدمة للواجب المطلق .

ألهم إلا أن يقال : إن ذلك كله في غير صاحب الصنعة كالنجار والحداد والحائك ونحوهم ممن عدّوهم في قسم الأغنياء ، ولكن فيه حينئذ أن ذلك خروج عن محل البحث الذي متعلقه المعسر كما هو واضح ، على أن المسأمة من عدم جواز دفع الزكاة إليهم مع تشاغلهم بصنائعهم المفروض قيامها بنفقتهم إما وجوب تشاغلهم بها لذلك أو للدين ، فهو ممنوع للأصل وغيره ، لما عرفته سابقاً .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿هل يحبس حتى يتبين حاله ؟﴾ فيه تفصيل ذكره المصنف ﴿في باب الفلاس (٢)﴾ وهو إن وجد البينة قضى بها، وإن عدمها

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الحجر - الحديث ٣ .

(٢) راجع ج ٢٥ ص ٣٥٢ - ٣٦٠ .

وكان له مال أو كان أصل الدعوى مالاً حبس حتى يثبت إعساره بالبينة المطلقة على باطن أمره ، لأصالة بقاء المال ، فان لم تكن له بينة حلف المدعي على عدم التلف ، كما في كشف اللثام ، وإلا فلا لأصالة عدمه ، فيحلف على الفقر ويخلى سبيله ، فان نكل حلف المدعي على القدرة وحبس . وفي محكي التذكرة « فاذا حبسه فلا يغفل عنه بالكلية ، ولو كان غريباً لا يتمكن من إقامة البينة وكُل به القاضي من يبحث عن منشأه ومنتقله وتفحص عن أحواله بقدر الطاقة ، فاذا غلب على ظنه إفلاسه شهد به عند القاضي لثلاث تتخلد عليه عقوبة السجن » وهذا التفصيل قد نسب بعضهم إلى الشهرة ، لكن قد يناقش بظهور الموثق (١) السابق وغيره في حبسه في الدين الشامل لنحو مهر الزوجة وغيره إلى أن يتبين إفلاسه وحاجته ، ولعله لأن صفة الإعسار المعلق عليها حكم الانظار لا تثبت بأصالة عدم المال ، كما لا يثبت اليسار بأصالة بقاء المال ، لأنها صفتان وجوديتان ، وليس هما عين عدم المال ووجوده ، بل لو سلم أنها من لوازم ذلك فالأصل حجة في الشيء نفسه لا في لوازمه ، كما هو محرر في محله . كل ذا مضافاً إلى الخبر المزبور (٢) وغيره .

بل قد يقال بمعلومية انقطاع أصالة عدم المال التي كانت قبل الولادة ، ولم يعلم انقطاعها بما يقتضي اليسار للدين المدعى أو لا ، ولا أصل ينقح ذلك ، لأنه شيء جديد غير عدم المال السابق ، فيحتاج إلى البينة في تحقق شرط الانظار الذي هو الإعسار ، وهو لا يقتضي اشتراط استحقاق الوفاء باليسار كي يكون غير متحقق ، فتأمل جيداً فإنه دقيق .

بل قد يقال بعدم حال سابق للشخص غير مالك فيه حتى يستصحب لاحتمال مقارنة الملك لوجوده بالوصية أو الارث أو نحوهما ، اللهم إلا

(١) و (٢) الوسائل - ٧ - من كتاب الحجر - الحديث ١ .

أن يقال: إن الملك لا يكون إلا بسبب ، والأصل عدم حصوله ، فينتفع وجوده غير مالك ، فتأمل جيداً .

وتصديق مدعي الفقر في جواز إعطاء الزكاة لدليله الذي قد ذكرناه في بابه لا يقتضي ثبوت الاعسار في الواقع على وجه يسقط به حق الغير المعلق على حصوله في الواقع .

ولو قيل : الأصل في ذلك أن الاعسار شيء لا يعلم إلا من قبله بل هو كصاحب اليد على ما عنده حتى بالنسبة إلى المال الذي ادعى تلفه فقيه أن المتجه حيثل قبول قوله بيمينته حتى إذا كان له مال أو كان أصل الدعوى مالاً ، وقد عرفت أن المشهور خلافه ، وقد مرّ تمام الكلام في كتاب الفلاس (١) فلاحظ .

﴿ وأما الجواب بـ ﴿الانكارفـ﴾ هو ﴿إذا قال ﴿مثلاً﴾ لا حق له عليّ ، فإن كان المدعي يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة فالحاكم ﴿العالم بحاله﴾ بالخيار ، إن شاء قال للمدعي : ألك بينة ؟ وإن شاء سكّت ﴿للأصل وغيره﴾ .

﴿ أما إذا كان المدعي لا يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة ﴿أو جهل بحاله﴾ وجب أن يقول الحاكم ذلك ﴿القول﴾ أو ﴿ما في﴾ معناه ﴿لئلا يضيع الحق﴾ ، بل لعل ذلك يجب عليه في الأول إذا قام في المدعي احتمال أنه ليس له إحضار البينة إلا إذا طلبها الحاكم منه وإن كان قد علم أن عليه البينة ، بل قد يقال بوجوبه عليه مطلقاً ، لأنه مقدمة للقضاء بالمأمور به بين المتخاصمين ، وعلمه بالحال لا ينافي ذلك منه .

﴿ فإن لم تكن له بينة عرفه الحاكم أن له اليمين ﴾ إن كان غير عالم بذلك أو مجهول الحال أو مطلقاً على نحو ما سمعته في البينة .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي ﴾ بلا خلاف أجده هنا ، بل في الرياض قولاً واحداً ، وفي كشف اللثام اتفاقاً ﴿ لأنه حق له فيتوقف امتيافؤه على المطالبة ﴾ إذ هو كما في المسالك ليس هو على نهج الحقين السابقين من طلب الجواب والحكم ، ومن ثم وقع الخلاف فيها دونه ، والفرق أن الحق فيها لا يغير الحكم بالنسبة إلى المدعي بل يؤكد ، بخلاف تحليف المنكر ، فإنه يسقط الدعوى التي قد تتعلق غرض المدعي ببقائها إلى وقت آخر ، إما لتذكر البينة أو ليتحرى وقتاً صالحاً لا يتجرأ المنكر على الحلف فيه ونحو ذلك ، فليس للحاكم أن يستوفيه بغير إذنه .

وحكي أن أبا الحسين ابن أبي عمر القاضي أول ما جلس للقضاء ارتفع إليه خصمان وادعى أحدهما على صاحبه دنائير فأنكره ، فقال القاضي للمدعي : ألك بينة ؟ قال : لا ، فاستحلف القاضي من غير مسألة المدعي ، فلما فرغ قال له المدعي : ما سألتك أن تستحلفه لي ، فأمر أبو الحسين أن يعطى الدنانير من خزانته ، لأنه استحي أن يحلفه ثانياً .

وفيه أن ذلك يقتضي عدم تحليفه مع عدم رضاه لا عدمه مطلقاً حتى مع قيام شاهد الحال الذي قد سمعت دعواه في المقامين السابقين ، واحتمال عدمه هنا لاحتمال تعلق غرضه ببقاء الدعوى كما ترى ، بل قد يأتي فيه التعليل الآخر ، وهو أن ذلك من منصب الحاكم المأمور بقطع الخصومة بين المتخاصمين ، فيجب تحصيله مطلقاً أو ما لم يلتمس المدعي التأخير ، خصوصاً بعد إطلاق قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فالأولى الاستدلال لذلك بعد الإجماع

(١) الرسائل - الباب - ٣ - من أبواب كفة الحكم - الحديث « واليمين - ٢٥ - منها

المزبور بظاهر النصوص (١) الآتية في اشتراط الرضا الذي لابد من العلم به ، وشاهد الحال إنما يفيد الظن ، فتأمل .

هذا ﴿ و ﴾ لكن لا يخفى عليك أنه على الأول ﴿ لو تبرع هو أو تبرع الحاكم باحلافه لم يعتد بتلك اليمين ، وأعادها الحاكم إن التمس المدعي ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به غير واحد ، نعم ذكر الشهيدان وغيرهما من غير خلاف أجده فيه أيضاً بل في مجمع البرهان نسبته إلى الأصحاب أنه لا يستقل الغريم باليمين من دون إذن الحاكم وإن كان حقاً لغيره ، لأنه وظيفته وإن كان إقامة الدلائل عليه - إن لم يكن إجماع - في غاية الصعوبة ، بل لحل ظاهر الأدلة الآتية خصوصاً خبر اليهودي (٢) المشتعل على تحليف الوالي المعلوم كونه ليس من أهل الحكومة خلافه ، وربما يأتي إنشاء الله تنصه .

ثم المنكر إما أن يحلف أو يرد أو ينكل ، فإذا حلف سقطت الدعوى ﴿ في الدنيا وإن لم تبرأ ذمته من الحق في نفس الأمر قطعاً لو كان كاذباً ، فيجب عليه التخلّص فيما بينه وبين ربه من حق المدعي ، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) (٣) : « إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان ، وبعضكم ألحن بحجته من بعض ، فأما رجل قطع له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له قطعة من النار » ﴿ و ﴾ منه يعلم أن البينة الكاذبة كذلك .

نعم لا ريب في سقوطها في الظاهر حتى ﴿ لو ظفر المدعي بعد ذلك بمال الغريم لم تحمل له المقاصة ﴾ لعدم حق له عليه في الدنيا إلا أن

(١) الوسائل - الباب - ٩ و ١٠ - من أبواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ .

(٣) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

يكذب نفسه كما صرح به في كشف اللثام ، وحيثذ ^١ ولو عاود المطالبة أثم ولم تسمع دعواه ^٢ مع عدم البينة بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل لو أعادها عند ذلك الحاكم لسيانته أو عند حاكم آخر ولو لنسيان المنكر واتفق نكوله عن اليمين لم يحل له الأخذ ، بل ظاهرهم ذلك أيضاً في العين المملوكة وإن كان استفادة حرمة التصرف فيها مثلاً باطناً من النصوص الآتية لا يخلو من صعوبة .

قال الصادق (عليه السلام) في خبر ابن أبي يعفور (١) : « إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه واستحلفه فحلف لا حق له عليه ، وذهبت اليمين بحق المدعي ، فلا حق له ، قلت : وإن كانت له عليه بينة عادلة ؟ قال : نعم وإن أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامة ما كان له وكان اليمين قد أبطل كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه ، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : من حلف لكم بالله فصدقوه ، وإن سألكم بالله فاعطوه ، وذهبت اليمين بحق المدعي ولا دعوى له » . وفي خبر آخر عن الصادق (عليه السلام) (٢) « في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد ، قال : إن استحلفه فليس له أن يأخذ منه شيئاً وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه » .

وقال عبد الله بن وضاح (٣) : « كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخاني بألف درهم ، فقدّمته إلى الوالي فأحلفته فحلف ، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة ، فوقع له بعد ذلك أرباح ودراهم كثيرة فأردت أن أقبض الألف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها فكتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) فأخبرته بالقصة ، فكتب : لا تأخذ منه

(١) الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ مع الاختلاف في اللفاظ .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ - ٢ .

شيئاً ، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه ، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفت لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها » إلى غير ذلك من النصوص (١) .

ومنها صريحاً ﴿ و﴿ ظاهراً يعلم أنه ﴿ لو أقام المدعي ﴿ بيعة بما حلف عليه المنكر لم تسمع ﴾ كما هو المشهور ، بل عن خلاف الشيخ والغنية الإجماع عليه ، لأنه لاحق له ، فلا تكون البيعة حجة له ﴾ وإن كان قد ﴿ قيل ﴾ كما عن المفيد وابن حمزة والقاضي : ﴿ يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين ﴾ .

﴿ وقيل ﴾ قياساً على الاقرار الواضح الفرق بينه وبين البيعة ولو للنص الذي تسمعه فيه والإجماع كما عن ابن إدريس وغيره وموضع من المبسوط : ﴿ إن نسي بينته ﴾ أو لم يعلم بها ﴿ سمعت وإن أحلف ﴾ وعن المختلف أنه قواه ، بل عن موضع آخر منه (٢) أنها تسمع مطلقاً. ﴿ و ﴾ لكن الجميع كما ترى بعد ما عرفت أن ﴿ الأول هو المروي ﴾ المعمول به عند المعظم ، بل الظاهر أنه إجماع .

﴿ وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبدل معه اليمين و ﴾ لو متعدداً ، بل ﴿ هنا أولى ﴾ بعد السماع ، لأنه أضعف من البيعة ، هذا كله في البيعة ..

﴿ أما لو أكذب الحالف نفسه ﴾ بالاقرار ﴿ جاز مطالبته ﴾ بالحق ﴿ وحل مقاصته مما يجده له مع امتناعه من التسليم ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به غير واحد ، بل عن المهذب والصميمي

(١) الوسائل - الباب - ٤٨ - من كتاب الإيمان .

(٢) أي من المبسوط .

الإجماع عليه ، اعموم « إقرار العقلاء » (١) المقضي كون ذلك مسـبباً
 مثبتاً . جديداً للاستحقاق غير ماسقط باليمين المرجع على تلك النصوص (٢)
 - بعد فرض تسليم اندراج الفرض فيها . ضرورة كون التعارض بينهما
 من وجه - بما سمعت من الإجماع المعتضد بنفي الخلاف ، وبخصوص
 المعتبر (٣) « إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه فحلف لي ، ثم
 إنه جاء بعد ذلك بستين بالمال الذي كنت استودعته إياه ، فقال : هذا
 مالك فخذ هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك
 واجعلني في حل ، فأخذت المال منه وأبیت أن آخذ الربح منه ، وأوقفت
 المال الذي كنت استودعته حتى استطلع رأيك ، فما ترى ؟ قال : فقال :
 خذ نصف الربح واعطه النصف وحلله ، إن هذا رجل نائب ،
 والله يحب التوابين » وأخصية المورد تندفع بعدم القائل بالفرق ، بل
 يمكن استفادة التعميم من سياقه سؤالاً وجواباً .

وفي المحكي عن فقه الرضا (عليه السلام) (٤) « وإذا أعطيت
 رجلاً مالاً فجحدك وحلف عليه ثم أنك بالمال بعد مدة وربما ربح فيه
 وندم على ما كان منه فخذ منه رأس مالك ونصف الربح ، وردّ عليه
 نصف الربح ، هذا رجل نائب » .

فما عن بعض من المناقشة في الحكم هنا بعدم نص فيه ولا دليل
 يخص به أو يقيد النصوص السابقة في غير محله بعد ما عرفت .

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الاقرار - الحديث ٢ والمستدرک - الباب - ٢ - منه

الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٩ و ١٠ - من ابواب كيفة الحكم .

(٣) الوسائل - الباب - ٤٨ - من كتاب الايمان الحديث ٣ .

(٤) البحار - ج ١٠٤ ص ٢٨٨

بل الظاهر عدم الفرق في الاقرار المقتضي لذلك بين ثبوته عند الحاكم وعدمه ، فلو أقر وأكذب نفسه بينه وبين المدعي ثم امتنع عن التسليم حل له المقاصة باطناً ، بل هو كذلك أيضاً وإن لم يكن بعنوان التوبة ، ولعل ذلك ونحوه من التعبد المحض ، كما أن منه عدم جواز التصرف في العين باطناً بعد اليمين وعدم إكذاب نفسه ولو بلبس ونحوه ، بل لا يجوز له عتق العبد ونحوه مما لا يتنافى بقاء المال في يده ، بل لا يصح الإبراء منه له ، كل ذلك لعدم حق له في المال في الدنيا ، كما هو مقتضى قوله (عليه السلام) (١) : « ذهب اليمين بما فيها » وقوله (عليه السلام) (٢) : « أبطل كل ما ادعاه قبله » بل هو مقتضى ما سمعته سابقاً من كشف اللثام وإن كان هو - إن لم يكن لإجماع أو شهرة معتد بها تجبر دلالة النصوص على ذلك - لا يتخلو من نظر بالنسبة إلى التصرف الذي لا يكون حقاً للمدعي على المنكر ، مثل العتق والإبراء ونحوهما مما هو ليس حقاً له عليه وإنما هو تابع لأصل المالية التي لا ريب في بقائها بعد الحلف ، فتأمل جيداً .

ثم إنه قد يتوهم من ظاهر النصوص (٣) سقوط الدعوى بمجرد حصول اليمين من المنكر من غير حاجة إلى إنشاء حكم من الحاكم بذلك ، لكن التحقيق خلافه ، ضرورة كون المراد من هذه النصوص وما شابهها تعليم ما به يحكم الحاكم وإلا فلا بد من القضاء والفصل بعد ذلك ، كما أوماً إليه بقوله (صلى الله عليه وآله) (٤) : « إنما أقضي بينكم بالبينات

(١) الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ .

(٣) الوسائل - الباب - ٩ و ١٠ - من أبواب كيفية الحكم .

(٤) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

والأيمان ، بل لو أخذ بظاهر هذه النصوص وشبهها لم يحتاج إلى إنشاء الحكومة من الحاكم مطلقاً ، ضرورة ظهورها في سقوط دعوى المدعى وثبوت الحق بالبيننة ونحوها ، فتأمل جيداً .

هذا كله إذا حلف المنكر ~~ب~~ وإن ردّ اليمين على المدعي لزمه الحلف ~~ب~~ إن أراد تحصيل حقه بلا خلاف أجده فيه ، بل للاجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة بعد النصوص المستفيضة أو المتواترة .

كخبر البصري (١) « قلت للشيخ - يعني موسى بن جعفر (عليه السلام) - : أخبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له بينة بما له ، قال : فيمين المدعي عليه ، فإن حلف فلا حق له ، وإن لم يحلف فعليه وإن ردّ اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له - إلى أن قال - : ولو كان المدعى عليه حياً لألزم اليمين أو الحق أو ردّ اليمين عليه » .

وصحيح ابن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) « في الرجل يدعي ولا بينة له ، قال : يستحلفه ، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له » .

وصحيح عبيد بن زرارة (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « في الرجل يدعي عليه الحق ولا بينة للمدعي ، قال : يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق ، فإن لم يفعل فلا حق له » .

ومرسل موسى المضمّر (٤) قال : « استخرج الحقوق بأربعة وجوه : بشهادة رجلين عدلين ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ،

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ - ٢ - ٤ .

والكاتب مرسل يونس المصنف .

فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي ، فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعي عليه ، فان لم يحلف وردّ اليمين على المدعي فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه ، فان أبى أن يحلف فلا شيء له .

ومرسل أبان (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يدعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينة ، قال : يستحلف المدعي عليه ، فان أبى أن يحلف وقال : أنا أرد اليمين عليك فان ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله .

وصحيح هشام (٢) عنه (عليه السلام) أيضاً و ترد اليمين على المدعي : وخبر أبي العباس (٣) عنه (عليه السلام) أيضاً ، وإذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين ، فان لم يقم البينة فرد الذي ادعى عليه اليمين فأبى أن يحلف فلا حق له ، إلى غير ذلك .

نعم استثنى الأصحاب من ذلك مواضع : كدعوى التهمة أو الدعوى مطلقا بالظن بناءً على سماعها ، ودعوى الوصي للينيم مالاً على آخر ، بل مطلق الولي له ، وكدعوى الوصي مثلاً على الوارث أن الميت أوصى للفقراء بخمس أو زكاة أو حج ونحو ذلك مما لا مستحق له بخصوصه فأنكر الوارث ، وغير ذلك مما يتعذر فيه اليمين ، لعدم كون الدعوى جرمية ، أو لأن المال للغير الذي لا يثبت بيمين آخر ، ففي الأول بتخير المنكر بين الحلف والنكول دون الرد الذي قد تعذر من المدعي ، لعدم الجزم ، وكذا الأخيران ، نعم لو كان المدعي وكيلاً وقد ردّ المنكر اليمين وقفت الدعوى حينئذ على حضور الموكل وحلفه أو نكوله .

هذا ولكن قد يناقش بظهور الأدلة في إطلاق تخيير المنكر بين

(١) و (٢) الرسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٥ - ٣ .

(٣) الرسائل - الباب - ٨ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ .

الثلاثة ، وتعدر حلف المدعي في هذه الصور لا ينافي بقاء التخيير المقتضى سقوط حق الدعوى عنه بعدم حلفه ولو لمانع ، فان وجود المانع فيه لا يرفع تخيير المنكر ، ضرورة سقوط أحد أفراد التخيير بالتعذر إنها هو بالنسبة إلى من له التخيير لا شخص آخر ، والفرص أن التخيير للمنكر ولا تعدر عليه ، وإنا هو بالنسبة إلى المدعي ، فيسقط حقه لو اتفق عدم جواز اليمين له للمانع : نلدر ونحوه .

هذا بعد تسليم عدم جواز اليمين للولي الجازم بالمدعي عليه ، وإلا انجبه الردّ حينئذ عليه كالمدعي لنفسه تمسكاً باطلاق الأدلة الشاملة له اللهم إلا أن يكون إجماع مثلاً على ذلك ، وحينئذ تبقى المناقشة الأولى ، وهي اقتضاء تعذر اليمين بعد ردّها عليه من المنكر سقوط الدعوى بالنسبة إليه ، لصدق أنه لم يحلف ، نعم لا تسقط بالنسبة إلى الطفل بعد بلوغه ورشده .

وقد تدفع أصل المناقشة بدعوى ظهور النصوص في أن التخيير المزبور للمنكر بين الثلاثة إنا هو في المدعي لنفسه جازماً ، أما في مثل الفرض فلا دليل على أن له الردّ فيه ، وحينئذ يتعين عليه الحلف أو النكول المقتضي لأداء الحق ، بل عرفت في الدعوى الظنية احتمال حبسه وإلزامه بالحلف أو الاقرار ، لعدم جواز تناول المدعي المال بنكوله بعد فرض كونه ظاناً في أحد الوجهين مؤيداً ذلك بظهور المفروغية من الاستثناء المزبور عند الأصحاب .

ثم إنه قد ذكر غير واحد منهم أن اليمين المردودة إذا وقعت من المدعي فهل هي بمنزلة البيعة أو بمنزلة الاقرار ؟ وقالوا فيه قولان : بل عن فخر الحققين أن الأول قواه الأكثر وإن استبعده في الدروس ، ولعل وجهه أن الذي يطلب من المدعي البيعة ، واليمين المردودة قامت

مقامها في الاثبات ، كما أن وجه الثاني إشعار ردّ المنكر على المدعي وامتناعه عن اليمين باعترافه بالحق ، على أن ثبوته بها قد جاء من قبل ردّه ، فهو في الحقيقة منه ، فكان كإقراره .

وقد فرعوا على ذلك فروعاً كثيرة متفرقة في أبواب الفقه : (منها) أن المدعي عليه إذا أقام بينة على أداء المال أو على الإبراء عنه بعد حلف المدعي فإن قلنا بيمينه كمينته سمعت بينة المدعي عليه ، وإن جعلناها كإقرار المدعي عليه لم نسمع ، لأنه مكذّب لبيته . و (منها) احتياج الثبوت بها إلى حكم الحاكم على الأول بخلاف الثاني ، بناءً على ما ذكرناه من عدم الاحتياج فيه إلى حكم الحاكم .

وفيه - بعد وضوح الضعف لما سمعته من دليلها - أن ذلك فرع ما يقتضي انحصار حق المدعي بأحدهما لا غير ، وهو ممنوع ، ومن هنا اتجه جعلها قسماً مستقلاً برأسه ، ويرجع حينئذ حكم ما ثبت بها بالنسبة إلى ذلك ونحوه إلى الأصول والقواعد وغيرها من الأدلة التي لا ريب في اقتضاء كونه بحكم البينة تارةً وبحكم الإقرار أخرى ، ومخروجه عنها ثالثة ، كما جزم بذلك بعض متأخري المتأخرين .

وحينئذ فالحكم في الفرع الأول السماع ، لعموم قبول البينة بعدما عرفت من اختصاص الأحكام المزبورة بيمين المنكر لا مطلقاً ، لكن استظهر الأردبيلي العدم ، لظهور إقدامها على ذلك ، ولظهور الأدلة في السقوط بها كاليمين من المنكر ، وهو لا يخلو من وجه .

وفي الثاني عدم التوقف بناءً على أن التوقف عليه مخالف للأصل وإن كان لا يخلو من نظر ، لأن الأصل عدم ثبوت الحق ، اللهم إلا أن يستند إلى إطلاق الأدلة المزبورة ، وهو مع أنه غير الأصل المزبور في معرض بيان سبب حكومة الحاكم نحو ما سمعته في يمين المنكر ، لا أن

المراد ثبوت الحق بمجرد وقوعه وإن لم ينشأ الحاكم الحكم ، وإلا كان ذلك مقتضى أدلة البينة أيضاً وغيرها ، وهو معلوم الفساد .

﴿و﴾ كيف كان فلا ريب في ظهور الأدلة المزبورة (في ظ) ما أطلقه المصنف وغيره من أنه ﴿لو نكل سقطت دعواه﴾ - بل الظاهر الإجماع عليه - في ذلك المجلس ، بل عن الإيضاح اتفاق الناس على ذلك . وإنا الكلام في سماعها منه في مجلس آخر وظاهر المصنف وغيره ، بل هو صريح جماعة سقوطها مطلقاً ، بل عن الكفاية لا أعرف فيه خلافاً ، بل عن ظاهر الفنية الإجماع عليه ، بل عن المصنف دعوى الإجماع عليه صريحاً ، بل لعله ظاهر الفاضل في موضع من القواعد أيضاً .

هذا ولكن مع ذلك كله قال في المسالك وبعض من تأخر عنها: «إنه يسأله القاضي إذا امتنع عن سبب امتناعه ، فإن لم يعلل بشيء أو قال لا أريد أن أحلف فهذا نكول يسقط حقه عن اليمين ، وليس له مطالبة الخصم بعد ذلك ولا استئناف الدعوى في مجلس آخر ، كما لو حلف المدعى عليه ، لظاهر النصوص السابقة خصوصاً الصحيحين (١) مضافاً إلى أنه لو لا ذلك لرفع خصمه كل يوم إلى القاضي والخصم يرد اليمين عليه وهو لا يحلف ، وهو مناف لمنصب القضاء الذي هو الفصل بين المتخاصمين ، وإن ذكر المدعي لامتناعه سبباً فقال : أريد أن آتي بالبينة أو أسأل الفقهاء أو أنظر في الحساب ونحو ذلك ترك ولم يبطل حقه من اليمين ، وهل يقدر إمهاله ؟ فيه وجهان : أحدهما أنه لا يقدر ، لأن اليمين حقه ، وله تأخيرها إلى أن يشاء كالبينة بخلاف المدعى عليه ، فانه لا يعمل إن استمهل ، لأن الحق فيه لغيره .

وفيه - مضافاً إلى ما عرفت - أن ظاهر النصوص السابقة يقتضي

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢٠١ .

سقوط حقه مطلقاً متى ردت عليه اليمين التي طلبها من المنكر وأبى عن وقوعها في ذلك المجلس ، ودعوى أن المتبادر والمنساق منها ما لم يذكر عذراً مسموعاً أو ما لم يأت ببينة ولو في مجلس آخر واضحة المنع .
ومن ذلك كله يعلم ما في المحكي عن المفيد وأبى الصلاح والفاضل في التحرير والشهيد والكاشاني من عدم سقوط دعواه إذا جاء ببينة، بل في الروضة نسبته إلى المشهور وإن كنا لم نتحققه ، بل لعل المحقق خلافاً؛ وأضعف منه ما عن ظاهر المبسوط وموضع من القواعد من أن له إعادة الدعوى في غير المجلس ولو مع عدم البينة ، وعن بعض التفصيل بين حكم الحاكم عليه بالنكول وعدمه فلا يطالب في الأول ويطلب في الثاني، إذ الجميع كما ترى بعد ما عرفت .

مضافاً إلى احتمال عدم البحث من أصله بعد فرض إلتماس المنكر الحكومة وقد حكم ، فإنه لا دعوى حينئذ ، ولا وجه لاعادتها بعد انقطاعها، كما هو واضح ، ومع عدم الحكم يتجه السماع مطلقاً .
لكن قد يقال : المراد بيان أن حكم الحاكم يكون على هذا الوجه نحو حكومته على الغائب ، وإن كان يرد عليه حينئذ أن ظاهر أداة المقام بناءً على إرادة تعليم كيفية القضاء اقتضاء كون القضاء من الحاكم في مثل هذا النظم من الدعوى بأنه لا حق له ولا شيء له بعد صدق إباته عن الحلف مطلقاً من غير فرق بين المجلس وغيره ، ووجود البينة وعدمها، وحكم الحاكم بنكوله وعدمه .

وعلى كل حال فقد بان لك ضعف الأقوال المزبورة التي لا أثر لها في شيء من النصوص ، بل ظاهرها خلافها بعد الاغضاء عن المراد بالمجلس الظاهر في محل الدعوى ، ويحتمل إرادة إنشاء الدعوى الأول وهما معاً كما ترى ، وكذا التفصيل بالبينة وعدمها وغيره مما سمعت الذي

هو مجرد اقتراح في النصوص بلا شاهد ، بل لعل التأمل الجيد يشهد بخلافه ، ومن الغريب تصريح بعضهم بأن عدم الحلف من المدعي بعد الرد كيمين المنكر في الحكم ثم الحكم بعد ذلك بسماع البينة في ذلك المجلس أو مطلقاً ، فلاحظ وتأمل .

ولو ردت عليه اليمين فذكر أن دعواه ظنية - وإن كان قد أبرزها بصورة الجزم - أو أن المال لغيره فإن أمكنه إثبات ذلك لم يرد عليه ، وإلا حلف المنكر على نفي ذلك وقضى عليه بالنكول ، بل لو بذل اليمين بعد ذلك لم يسمع إلا في الأول مع احتمال تجديد العلم له وإن لم يحلف المنكر كان له رد اليمين عليه . وبالجمله تجري عليه أحكام الدعوى ، والله العالم .

﴿ وإن نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد ﴾ قال الحاكم : إن حلفت ﴿ أو رددت ﴾ وإلا جعلتك ناكلاً . ويكرر ذلك ثلاثاً استظهاراً لا فرضاً ﴿ على ما ذكره الأصحاب ﴾ ، كما في الكفاية مؤمياً إلى أنه إن لم يكن إجماع فقيه نظر ، وهو كذلك بل من وجوه ، خصوصاً بعد ذكرهم نحو ذلك في نكول المدعي ، وخصوصاً بعد أن لم يكن النكول عنواناً لما عثرنا عليه من النصوص ، وخصوصاً بعد تحققه بالامتناع الأول منه من غير حاجة إلى جعل الحاكم .

وعلى كل حال ﴿ فإن أصر قيل ﴾ والقاتل الصدوقان والشيخان والدلمي والحلي وغيرهم : ﴿ يقضي عليه به ﴾ بمجرد النكول ﴿ . وقيل ﴾ والقاتل الشيخ والكاتب والقاضي وابن حزم وإدريس والفاضل والشهيدان على ما حكى عن بعضهم ﴿ يرد اليمين على المدعي فإن حلف ثبت حقه وإن امتنع سقط ﴾ حقه ، بل في المسالك نسبته إلى سائر المتأخرين ، وفي الرياض إلى كثير من القدماء ، بل عن الخلاف

والغنية الاجماع عليه .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ الأول أظهر ﴾ عند المصنف ، بل قال : ﴿ وهو المروي ﴾ لقوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البيئة على المدعي واليمين على من أنكر » والتفصيل قاطع للشركة ، والرد إنما جاء من قبل الراد لا بأصل الشرع ، فهو مخصوص بما إذا اختاره للنصوص (٢) لا مطلقا .

وصحيح ابن مسلم (٣) سأل الصادق (عليه السلام) « عن الاخرس كيف يحلف ؟ قال : إن أمير المؤمنين (عليه السلام) كتب له اليمين وغسلها وأمره بشربها فامتنع ، فألزمه بالدين ، وظهره عدم رد اليمين وإلا لنقل أو لزم تأخير البيان عن وقت الخطاب بل الحاجة ، بل ظاهر الفاء تعقيب ذلك للامتناع بغير مهلة تخلل اليمين ، وفعله (عليه السلام) حجة كقوله .

وخبر عبد الرحمن (٤) المتقدم سابقاً المعمول عليه بين الأصحاب في اليمين مع البيئة في الدعوى على الميت .
ولأن ظاهر الاحلاف أنه حق المنكر ، فلا يستوفى إلا باذنه ، كما أنه لا يحلف المنكر إلا باذن المدعي ، ولأنه كتنكول المدعي عن اليمين التي هي ليست إلا يمين المنكر فنكوله عنها إن لم تكن أولى في تسبب القضاء به فهو مساوٍ .

لكن قد يناقش بأن أقصى دلالة الاول على أن جنس اليمين على

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٥ - والباب - ٢٥ - منها

الحديث ٣

(٢) الوسائل - الباب - ٧ - من ابواب كيفية الحكم .

(٣) الوسائل - الباب - ٣٣ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٤) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

المنكر وأنه وظيفته ، ولا دلالة فيه على حكم النكول ، بل ولا منافاة بينه وبين الردّ منه أو من الحاكم القائم مقامه .

وبالقطع بعدم إرادة ظاهر الثاني ، ضرورة اشتراط الحكم بنكوله عن رده أيضاً ، فلا بد في اصلاحه حينئذ من تقدير ، والتزام كونه موافقاً لذلك ليس بأولى من جعله مخالفاً له ، والحاجة هي تعليم كيفية حلف الأخرس لا كيفية الحكم في الدعوى مطلقاً ، على أنه قضية في واقعة لا عموم فيها وموقوف على العمل به ، والمشهور عدم العمل به ، بل هو مناف لما أطبق عليه الجمهور من حكاية خلافه عن علي (عليه السلام) . وبأن خبر عبد الرحمن مع موافقته للعامة لا جابر له في المقام وإن تلقاه الأصحاب بالقبول في غيره ، على أنه في الفقيه أبدل « وإن لم يحلف فعليه » بقوله : « وإن ردّ اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له » فلا دلالة فيه ، واختلاف منته بذلك موجب للتنازل فيه .

على أنه يجري فيه ما سمعته من المناقشة في الصحيح السابق من عدم القائل باطلاقه ، فلا بد من تقييده إما بالنكول عن الردّ أيضاً - كما هو مناط الاستدلال - أو بما إذا ردّ اليمين على المدعي وحلف ، وليس بمرجوح بالاضافة إلى الأول ، بل لعله أرجح بملاحظة غيره من النصوص الدالة على ذلك ، خصوصاً مرسل يونس (١) السابق المتضمن جعل يمين المدعي بعد الرد أحد الأربعة التي يستخرج بها الحقوق .

بل لعل التدبر فيما تضمنه يقتضي كون المراد من الخبر الأول ، فإن لم يحلف وردّ اليمين على المدعي وحلف فعليه - أي المنكر - الحق ، ضرورة ظهور المضمّر في كون المركب السبب في ذلك ، فيعارض ما هو ظاهر الخبر الأول من كون تمام السبب عدم الحلف ، إذ لا معنى لجعله

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث .

جزء تارة وتام السبب أخرى ، فيحمل الأول حينئذ على الثاني .
وربما يؤيد ذلك قوله (عليه السلام) متصلاً به بعد تأليفه مما في
الفقيه وغيره لأنه خبر واحد : « وإن ردّ اليمين على المدعي فلم يحلف
فلا حق له » متكللاً على بيان صورة ما إذا ردّ وحلف على قوله (عليه
السلام) : « وإن لم يحلف » فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع .
بل قد يناقش فيه أيضاً باجمال مرجع ضمير « عليه » فيه والمبتداء
المقدر ، إذ كما يحتمل أن يكون المنكر وأن المبتداء المقدر الحق كما يدهيه
الخصم يحتمل المدعي وأن المبتداء المقدر الحلف ، بل يمكن إرادة غير
المال من الحق أيضاً ، بمعنى أن عايه حق الدعوى ولم تنقطع عنه بمجرد
نكوله ، بل ربما وجب عليه المال بذلك إذا ردّ اليمين على المدعي فحلف
ولو من الحاكم .

وبأن في ذيله تأييداً للقول الثاني ، وهو قوله (عليه السلام) :
« ولو كان - أي المدعي عليه - حياً لألزم باليمين أو الحق أو ردّ اليمين
عليه » بصيغة المجهول على ما حكاه في الرياض عن تهذيب معتبر مصحح
عنده مضبوط ، قال : « وبه صرح بعض الفضلاء » وحينئذ لا وجه للعدول
عن عطفه على الأول بلفظ « رد اليمين » إلا التنبيه على عدم انحصار الرد
في المنكر وإمكان كونه غيره ، وليس إلا الحاكم ، فتأمل .

وبإمكان المنع لحقية المنكر الاحلاف ، على أن الاحلاف هنا ليس
إلا لمصلحة المنكر بانقطاع الدعوى عنه ، فربما جاز بدون إذنه ، مضافاً
إلى معلومية ولاية الحاكم على كل ممتنع ، فيقوم مقامه حينئذ في الرد الذي
يمكن نكول المدعي معه ، فيسقط حقه ، ومن هنا وجب على الحاكم
تعرف عدم حصول مسقط الحق بذلك ، والقياس مع بطلانه عندنا غير تام ،
للفرق بعدم فرد آخر للمدعي يصلح للحاكم من يقوم مقامه فيه مع نكوله

عنه بخلافه في المقام ، فإن له الرد الذي نكل عنه .
وكيف كان فوجب تعرف الحاكم المسقط مع الاحتياط وأصالة
عدم ثبوت الحق إلا به والإجماع المحكي وصححي عبيد بن زرارة (١)
وهشام (٢) السابقين والمحكي من فعل النبي (صلى الله عليه وآله) أنه رد
اليمين على المدعي (٣) وقوله (صلى الله عليه وآله) : « المطلوب أولى
باليمين من الطالب » (٤) المقتضى اشتراكها في اليمين وإن كان المطلوب
أحق ، وقوله تعالى (٥) : « ترد أيمان بعد أيمانهم » الظاهر في مشروعية
اليمين المردودة دليل الخصم .

ولكن في الجميع أيضاً نظر ، إذ لا دليل على قيام الحاكم مقام الممتنع
فيما امتنع عنه مما هو عليه فيما هو له ، ضرورة أن الرد هنا حق له لا
عليه، وقد امتنع منه كي يقوم الحاكم مقامه ، على أنه لا دليل على عموم
ولايته بحيث يشمل الفرض ، ولا يجب عليه تعرف المسقط .

والاحتياط معارض بمثله فيما لو فرض امتناع المدعي عن الحلف بعد
الرد من الحاكم ، خصوصاً إذا كان تعظيماً لله تعالى ، على أن الأصل
برادة ذمة الحاكم من التكليف بالرد ، والمدعي من التكليف باليمين ،
وأصالة عدم توجه اليمين على غير المنكر ، وعدم كونها حجة للمدعي،
وعدم كون النكول عنها حجة عليه ، وعدم صحة تعرف الحاكم الرد ،
وعدم جوازه من حيث إنه حق للمنكر .

والإجماع المحكي - مع أنه موهون بمصير من عرفت إلى خلافه

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٧ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٢ - ٣ .

(٣) سنن الدار قطنى ج ٤ ص ٢١٣ .

(٤) سنن الدار قطنى ج ٤ ص ٢١٩ .

(٥) سورة المائدة : ٥ - الآية ١٠٨ .

خصوصاً من تقدم على حاكمه - محتمل لارادة بيان أصل مشروعية ردّ اليمين في مقابلة المحكي عن أبي حنيفة وغيره ممن لم يشرع ردّها بحال، فانه اللائق بدعوى أن على ذلك إجماع الفرقة وأخبارهم ، بل لعله الظاهر من عبارتي الخلاف والفنية المحكي فيها خلاف أبي حنيفة ، فلاحظ وتأمل . بل ليس في صحيح هشام (١) وعبيد (٢) والمحكي من فعل النبي (صلى الله عليه وآله) (٣) وقوله (٤) إلا بيان ذلك ، وهو غير محل البحث ، أي الرد المخصوص ، بل لعل استدلال الشيخ بالآية (٥) التي هي قضية في واقعة خارجة عما نحن فيه ، بل بعيدة الشبه به ، كالصريح في إرادة بيان أن في الشرع بيميناً مردودة في مقابل قول أبي حنيفة المزبور ، لا فيما نحن فيه .

وبذلك كله ظهر لك أن أدلة الطرفين محل نظر ، وأنه ليس في النصوص تعرض لتعليم القاضي في خصوص الفرض القضاء وأنه بالنكول أو بالردّ من الحاكم .

نعم قد يقال : إنه بعد فرض الإجماع المركب على انحصار القضاء في الفرض بأحد الأمرين وأن اختيار أمر ثالث - من تخيير الحاكم بين الرد والقضاء وبين القضاء بالنكول أو بالزام المنكر على اختيار أحد الثلاثة ولو بحجسه على ذلك ، كما عساه أوماً إليه ذيل خبر البصري (٦) أو غير ذلك - خرق للإجماع المزبور يتجه القول حينئذ إنه يردّ اليمين منه على المدعي ، لأصالة عدم ثبوت الحق بدوئه ، ولظهور حصر استخراج

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ - ٢ .

(٣) و (٤) سنن الدار قطنی - ج ٤ ص ٢١٣ - ٢١٩ .

(٥) سورة المائدة : ٥ - الآية ١٠٨ .

(٦) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

الحقوق في مضمهر بونس (١) بالأربعة ، ومجرد النكول خارج عنها ، بل لعل النصوص المستفيضة أو المتواترة الدالة على انحصار كيفية القضاء بين الناس بالبينات والأيمان تقتضي ذلك .

ففي خبري سليمان بن خالد (٢) ومحمد بن قيس (٣) ومرسل أبان ابن عثمان (٤) : أن نبياً شكى إلى ربه القضاء فقال : كيف أقضي بما لم ترعيني ولم تسمع اذني ؟ فقال : أقض بينهم بالبينات وأصفهم إلى اسمي يحلفون به ، وفي الأخير منها أن الله أوحى إلى داود (عليه السلام) ذلك أيضاً ، وفي خبر هشام بن الحكم (٥) عنه (عليه السلام) أيضاً : أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال : إنا أقضي بينكم بالبينات والأيمان .

واحتمال إرادة القضاء بالأيمان ولو من حيث النكول عنها خلاف الظاهر منها ، وخروج القضاء بنكول المدعي عن ذلك لدليله لا يتنافى التقسيم المزبور ، بل لعل النصوص الكثيرة الواردة في ترجيح البينات عند التعارض باليمين (٦) ظاهرة في ذلك أيضاً ، بل لعل مبر أدلة القضاء يشرف الفقيه على القطع بأن الأصل في القضاء ذلك ، وأنه لا قضاء بدون ذلك إلا ما خرج من نكول المدعي الذي قد عرفت قيام البحث في أن القضاء بالسقوط به في المجلس أو مطلقاً مع عدم البينة أو عدم الحكم بالنكول أو مطلقاً كما عرفت .

وحينئذ فلا مناص بعد فرض الإجماع المركب المزبور عن ذلك .

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٤ .

(٢) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ - ٣ - ٢ .

(٥) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم الحديث ١ .

(٦) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم .

ج ٤٠ (حكم ما لو بذل المنكر يمينه بعد الحكم عليه بالنكول) - ١٨٩ -

ولعله لذا جزم ابن إدريس بأن القول بالقضاء بمجرد نكول المنكر من دون حلف المدعي اشتباه وخطأ محض ، بل قد يحتمل كلام القائلين به إرادة تسبب نكول المنكر لزوم الحق ولو باقتضائه حلف المدعي بعد الرد عليه من الحاكم .

بل لعله ظاهر المحكي عن ابن زهرة منهم ، فانه بعد أن اختار في المقام القضاء بردَ اليمين على المدعي قال بعد ذلك بورقة تقريباً : « وإن نكل المدعي عليه عن اليمين لزمه الخروج عن حق خصمه فيما ادعاه » وهو لا يتم إلا بما ذكرناه .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ سلو ﴾ بذل المنكر يمينه بعد ﴿ الحكم ﴾ بالنكول لم يلتفت إليه ﴿ بناء ﴾ على القضاء به بلا خلاف أجده فيه وفي عدم الالتفات إليه أيضاً بعد إحلاف الحاكم المدعي على القول الثاني ، كما اعترف به في الرياض لتأمية الأمر وثبوت الحق وحصول الفصل بسبب القضاء عليه حينئذ بعد الأدلة التي سمعتها من الطرفين التي لا يعارضها إطلاق ما دل على أن اليمين عليه بعد تقييدها به ، بل في الرياض دعوى اختصاصه بحكم التبادر وغيره يمينه قبل الحكم عليه بنكول أو إحلاف المدعي برد اليمين عليه ولو من الحاكم .

نعم في الرياض « هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه ولو مرة ، ولو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول ففي نفوذ القضاء إشكال من تفريطه ، وظهور عذره ، ولعل الثاني أظهر ، وبالأصل أوفق » .

قلت - بعد الاغضاء عن قوله : « ولو مرة » المشعر بإرادة العرض لتحقيق النكول لا تفهيم الحكم - : ليس في شيء مما وصل إلينا من الأدلة وجوب العرض عليه بمعنى إعلانه حكم النكول ، والأصل البراءة ،

فلا وجه لنقض الحكم حيثل مع العلم بحاله فضلاً عن دعواه الجهل ، خصوصاً بعد ملاحظة الاستصحاب وغيره .

بل ولا يجب العرض عليه بالمعنى السابق مرةً وإن صرح بوجودها بمضمون فضلاً عن تكرار ذلك عليه ثلاثاً للاستظهار وإن ذكره المصنف وغيره ، بل لعل الموجود فيها خلافه ، وهو القضاء باليمين أو برده أو بالنكول عنه في المدعي والمنكر ونحو ذلك مما يقتضي عدم عذرية الجهل بذلك موضوعاً وحكماً فضلاً عن دعواه .

ومن هنا استظهر في كشف اللثام أنه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله : « إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً » ، ولا مرةً ، للأصل .

ولو بلغنا قبل حلف المدعي اليمين المردودة فالتجّه جوازه ، للأصل من غير فرق بين كون الردّ منه أو من الحاكم ، واحتمال أن ذلك مقتضى لاسقاط حقه من اليمين فلا يعود لا دليل عليه ، بل ظاهر الأدلة خلافه وإن قال الحاكم له : احلف فضلاً عن إقباله عليه بوجهه ، خصوصاً مع رضا المدعي بذلك خلافاً للفاضل في التحرير فجعل قول الحاكم له : احلف كالقضاء بالنكول .

هذا وفي الرياض أيضاً « أن الاستفادة من عبارات الجماعة عدا الماتن في النافع عدم الالتفات إلى اليمين المبذولة بعد النكول لا بعد الحكم به ، وهو مشكل ، ولهذا اعترضهم المقدس الأردبيلي فقال : هو فرع ثبوت الحق بالنكول فوراً ، ولا دليل عليه ، وهو حسن إلا أن احتمال مسامحتهم في التعبير وإرادتهم ما هنا أي الحكم بالنكول قائم » .

قلت : لا ريب في بُعد الاحتمال المزبور ، بل الظاهر كون المراد من عبارة النافع هو تحقيق كونه ناكلاً ، لا الحكم به نفسه ، أو الحكم عليه بالحق بمقتضى نكوله ، فإن الأول ليس من مورد الحكم على الظاهر ،

والثاني مفروغ منه ليس محلاً للتنبيه ، نعم لعل وجهه ما أشرنا إليه من تحقق سبب الحكومة وحصول ميزانها المقرر شرعاً عند القائل به ، نحو نكول المدعي عن اليمين المردودة عليه . وبذلك يندفع ما حكاه عن المقدس الأردبيلي، كما أنه مما ذكرناه يعلم النظر فيما في كشف اللثام حتى فيما حكاه فيه عن التحرير والدروس ، فلاحظ وتأمل .

﴿ ولو كان للمدعي بينة لم يقل الحاكم أحضرها ﴾ بمعنى عدم جواز ذلك له، كما عن المبسوط والمهذب والسرائر ﴿ لأنه حق له ﴾ إن شاء جاء به وإلا فلا ، إذ قد يريد اليمين .

﴿ وقيل ﴾ كما عن الشيخين والديلمي والحلي والقاضي في أحد قوله: ﴿ يجوز ﴾ له ذلك بل في الرياض نسبتة إلى أكثر المتأخرين ، بل في المسالك إلى أكثر أصحابنا ، للأصل بعد فرض كون المراد من الأمر الاذن والاعلام لا الوجوب والالزام ﴿ وهو حسن ﴾ .

ولكن في القواعد والمختلف والدروس التفصيل بين علم الحاكم بمعرفة المدعي بكون المقام مقام بينة فالأول ؛ وجهله بذلك فالثاني ، والأولى حمل القول الأول على إرادة الوجوب من الأمر على وجه الالزام به ، كما هو مفاد دليله ، ولا ريب في عدم جواز ذلك ، ضرورة عدم وجوبه عليه ، لا مكان إرادته اليمين ، بل له إسقاط الدعوى من أصلها ، والثاني على إرادة الجواز والاعلام من الأمر ، ولا ريب في جوازه ، للأصل وغيره ، وبذلك يكون النزاع لفظياً .

بل منه أيضاً يعلم ما في التفصيل الذي مرجعه إلى بيان أصل الحكم شرعاً ، وهو لا مدخلية له فيما نحن فيه ، كما لا مدخلية في أصل بيان الحاكم الحكم بأن على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين ونحو ذلك مما هو بيان وتعرف لميزان القضاء المقرر شرعاً ، وهو واضح .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ مع حضورها ﴾ ففي المتن وغيره ﴿ لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعي ﴾ لأنه حقه ، فلا يتصرف فيه من غير إذنه ، وإن كان يكفي في سؤاله أن يقول إذا حضرها : هذه بينتي أو شهودي أو نحوها ، بل قد يقال بالاكْتفاء بشاهد الحال ، بل قد يقال : إن ذلك حق الحاكم ، فلا يتوقف على الاذن مطلقا كي يحتاج إلى الدلالة عليه بشاهد الحال ونحوه .

وعلى كل حال فإذا أراد سؤالها في القواعد قال : من كانت عنده شهادة فليذكر إن شاء ، ولا يقول لها اشهدا ، ولعله لأنه أمرها بالشهادة ، وقد لا تكون عندها شهادة ، وربما توهمها بذلك أن عليها الشهادة وإن لم يعين بالحال . نعم له أن يقول : من كانت عنده شهادة فليشهد ولا يكتم شهادته ونحو ذلك ، لأنه أمر بالواجب ونهى عن المحرم ، وفيه أن مثل ذلك خطاب عرفي يراد منه الشهادة وإن كانت عندها ، واحتمال توهمها لا يقدح بعد فرض ظهور الخطاب في ذلك ، كما هو واضح .
﴿ ومع الاقامة بالشهادة ﴾ قيل : ﴿ لا يحكم إلا بمسألة المدعي أيضاً ﴾ لأن ذلك حق له ، وربما كان له غرض في عدم الحكم ، ولو فرض جهل المدعي بتوقف حكم الحاكم على طلبه بيّنه له ، لكن قد يقال : إن له الحكم وإن لم يسأله المدعي ، لأن ذلك منصبه ووظيفته كما عرفته فيما سبق ، ومفروض المسألة عدم رفع يد المدعي عن دعواه ، ولكن لم يخطر في باله الاذن ولو لجهل أو غفلة ، وحيثئذ فلا ريب في اقتضاء إطلاق الأمر (١) بالحكم بين الناس عدم التوقف على الاذن كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ بعد أن يعرف عدالة البيئة ﴾ على

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٨ وسورة المائدة : ٥ الآية ٤٢ وسورة من : ٣٨ الآية ٢٩

ج ٤٠ (استفسار الحاكم عن جرح البينة من قبل الخصم) - ١٩٣ -

وجه تكون صالحة لاثبات الدعوى ﴿ يقول ﴾ للخصم : ﴿ هل عندك جرح ؟ ﴾ وفي وجوب ذلك إشكال ﴿ فان قال : نعم وسأل الانظار في إثباته أنظره ﴾ لا مكان صدقه ، ولقول علي (عليه السلام) لشريح (١) : « واجعل لمن ادعى شهوداً أمدأ بينهما ، فان أحضرهم أخذت له بحقه وإن لم يحضرهم أوجب عليه القضية » إلا أنه كما ترى لا تعيين فيه لمدة الانظار التي قدرها في المبسوط وغيره ﴿ ثلاثاً ﴾ بل لا أجد فيه خلافاً بينهم من دون تفصيل بين بُعد المسافة وقربها ، مع أن ظاهر المرسل المزبور كون الأمد بحيث يمكن إتيان البينة فيه ، كما هو ظاهر النافع .

واحتمل في كشف اللثام تنزيل الاطلاق المزبور من المصنف وغيره على ما إذا لم يدع بعد مسافة البينة بحيث لا تحضر في ثلاثة أيام ، قال : « وإذا كان كذلك أنفذ الحاكم حكمه ، والخصم على حجته إذا أثبت الفسق » . وفيه أن المرسل المزبور غير جامع لشرائط الحجية ، وإطلاق الأدلة يقتضي تحقق ميزان القضاء ، ولكن التأخير ثلاثة أيام لقاعدة لا ضرر ولا ضرار بعد فتوى الأصحاب بذلك ، وبقاء الخصم على حجته منافٍ للقضاء الذي هو الفصل ، ولعله لذا كان ظاهر المصنف وغيره اعتبار دعوى الخصم وجود الجرح في الانظار ، فلو أراد حينئذ لاحتمال حصوله لم ينظر ، وليس هو إلا لتحقيق ميزان القضاء ، هذا كله في بينة الجرح ، وأما بينة الدعوى في غيره فستسمع الكلام فيها إنشاء الله .

وكيف كان ﴿ فان تعدر الجرح ﴾ مدة الانظار ﴿ حكم ﴾ عليه ﴿ بعد سؤال المدعي ﴾ أو مطلقاً كما عرفت ، لكن عن المبسوط استحباب أن يقول للمدعى عليه : قد ادعى عليك كذا وشهد به عليك كذا وكذا وأنظرتك جرح الشهود فلم تفعل فيها أنا ذا أحكم عليك ليتبين أنه حكم

(١) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب آداب القاضي - الحديث ١

بحق ، والأمر سهل .

ولا يستحلف المدعي مع البينة ﴿ القابلة لاثبات الحق بلا خلاف فيه بيننا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى خبر محمد بن مسلم (١) » سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه أن يستحلف ؟ قال : لا ، وخبر أبي العباس (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) » إذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين ، خلافاً لبعض العامة وإن وافقه ما في الخبر (٣) من وصية علي (عليه السلام) لشريح » وردّ اليمين على المدعي مع بينته ، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء ، لكنه ضعيف قاصر عن معارضة ما عرفت ، بل يمكن حمله على ما نسمعه من الصور المستثناة أو على ضرب من التذب مع رضا المدعي وطلب المدعى عليه أو غير ذلك ، على أن المروي عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (٤) أنه اشترط على شريح أن لا ينفذ قضاءً إلا بحضرته .

وعلى كل حال فلا ريب في الحكم المزبور ﴿ إلا أن تكون الشهادة على ميت فيستحلف على بقاء الحق في ذمته استظهاراً ﴾ لازماً في الاثبات بالبينة بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له ، كما اعترف به غير واحد ، بل في الروضة هو موضع وفاق ، وفي المسالك تارة نسبه إلى الشهرة من غير ظهور مخالف ، وأخرى إلى الاتفاق ، لكن ظاهره أخيراً الشك في الإجماع ، بل لم تصدر الموسوعة في ذلك إلا منه ، وتبعه الأردبيلي (رحمه الله) نعم قد خلت عنه كثير من كتب القدماء كالمقنعة والانتصار والنهاية والخلاف والوسيلة والكافي والمراسم والغنية والسرائر وجامع الشرائع ، بل قيل لم يصرح به أحد قبل المصنف غير الشيخ ، إلا أن ذلك غير قادح في تحصيل

(١) و (٢) الرسائل - الباب - ٨ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ - ٢ .

(٣) و (٤) الرسائل - الباب - ١ - من ابواب آداب القاضي الحديث ١

ج ٤٠ (استحلاف المدعي مع البينة إن كانت الدعوى على الميت) - ١٩٥ -

الاجماع على بعض طرقه المقررة في الأصول ، ولذا حكاه الصيمري عليه هنا ، فلا ريب في الاستدلال به بناءً على حجية مثله .

على أن الأصل في ذلك قوي عبد الرحمان بن أبي عبد الله (١) الذي رواه المحمدون الثلاثة المنعبر بما عرفت قال : « قلت للشيخ يعني موسى ابن جعفر (عليها السلام) - كما عن الفقيه - أخبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له البينة بماله . قال : فيمين المدعى عليه ، فان حلف فلا حق له ، وإن لم يحلف فعليه - كما في السكافي والتهذيب ، وأبدل في الفقيه قوله : « وإن لم » إلى آخره بقوله : « وإن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له » - فان كان المطلوب بالحق قدمات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه ، فان حلف وإلا فلا حق له ، لأننا لا ندرى لعله قد وفّاه ببينة لا نعلم موضعها أو بغير بينة قبل الموت ، فنتمّ صارت عليه اليمين مع البينة ، فان ادعى ولا بينة فلاحق له ، لأن المدعى عليه ليس بحيّ ، ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه فنتمّ لم يثبت له عليه حق . »

وصحيح الصفار (٢) الذي رواه الثلاثة أيضاً وكتب محمد بن الحسن الصفار إلى أبي محمد الحسن بن علي (عليه السلام) هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل ؟ فوقع (عليه السلام) إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعي اليمين (بمخ ل) وكتب إليه أيجوز للوصي أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً بحق له على الميت أو على غيره وهو القابض للوارث الصغير وليس للكبير

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٨ - من كتاب الشهادات - الحديث ١ .

(الكبير خ ل) بقابض ؟ فوقع (عليه السلام) نعم ، وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولا يكتم شهادته ، وكتب إليه أوّ تقبل شهادة الوصي على الميت بدّين مع شاهد آخر ؟ فوقع (عليه السلام) نعم من بعد يمين .
والمنافضة في الأول بضعف السند ، وباحتمال غير الامام من الشيخ وغير الشاهدين من البيعة ، وبأن ظاهره وجوب اليمين المغلظة بناءً على ظهور لفظ عليه ، في الوجوب ، ولا قائل به وإلا فلا يدل على المطلوب ، ويمكن حمله على التقيّة أو الاستحباب وفي الثاني بأنه مكاتبة وباشماله على ما هو مخالف للقواعد ومعارض بصحيحه الآخر (٢) وكتب إليه (عليه السلام) أيضاً رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار ، يجوز للكبار أن ينفذوا ويقضوا (ويقضوا خ ل) ديونه لمن صح (ممن صح خ ل إن صح خ ل) على الميت بشهود عدول قبل أن يدركوا الأوصياء الصغار ، فوقع (عليه السلام) نعم على الكبار (الأكابر خ ل) من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك « لا تستأهل رداً .

إنما الكلام في ظهور النص والفتوى في أصل اعتبار اليمين مع البيعة في ثبوت الحق على وجه متى تعذر أحدهما سقط ، أو أن ذلك مخصوص فيما إذا كان المدعي صاحب الحق لا وصيه أو وارثه ، لم أجد تحرير ذلك في كلامهم .

ولكن في بعض كتب المعاصرين حكاية الأول في بعض أفراد الفرض وإن اختار هو الثاني ، فانه بعد أن فرض المسألة فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر واختار عدم اليمين على البت عليه ، قال : « لأن الدليل إنما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعي ، فيبقى ما عداه على

ج ٤٠ (استحلاف المدعي مع البينة إن كانت الدعوى على الميت) - ١٩٧ - .

الأصل ، وأقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفي العلم ، إلى آخر ما ذكره ،
فإن ما حضرني من نسخة كتابه غير نقية من الغلط .

لكن فيه أن ظاهر الفتوى والنص خصوصاً الصحيح كون ذلك هو
الحجة على الميت فيتجه حينئذ سقوط الحق ، إلا أنه كما ترى متاف
للمذاق الفقه ، فقد يقال : إن للوارث الحلف على مقتضى الاستصحاب
كما يحلف على مقتضى اليد ، لكن هو - مع أنه كما ترى أبصاً ، خصوصاً
إذا كان المستصحب غير معلوم له وإنما شهدت به البينة - لا يتم في
الوصي الذي لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير ، ألهم إلا أن يقال به هنا
باعتبار أنه ليس مثبتاً ، بل هو شرط في حجية البينة التي هي في الحقيقة
المثبتة ، أو يقال بالاكْتفاء بيمين الوارث مع البينة في إثبات مفادها الذي
لا فرق فيه بين متعلق الوصايا والارث ، لأنها من الحجة المثبتة للموضوع
في نفسه .

بل منه بنقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثة ، بل
يكفي يمين واحدة من أحدهم ، لأن مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين
واحدة في تمامية حجية البينة التي قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر
الشركاء وإن أقامها أحدهم ، فتأمل فإنه دقيق نافع . وإن كان لا يخلو
من بحث ، ضرورة كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد ، فلا
يكتفى بها لغير ذي الحق .

بل قد يناقش في قبول اليمين من الوارث ، لتضمن يمين الاستظهار
عدم الوفاء والإبراء ونحوهما ، ولا يكون منه على البت لأنه فعل الغير ،
فع فرض اعتبار يمين البت في يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق
حينئذ كما سمعته أولاً ، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق
بعد فرض تعارض الأمارات على وجه لا وثوق بشيء منها .

نعم قد يقال : - بعد استبعاد سقوط الحق مع البيئة العادلة خصوصاً مع قطع الوارث بالحق ، بل يمكن دعوى معلومية بخلافه ولو بالسيرة القطعية ، واستبعاد سقوط اليمين في الدعوى على الميت مع ظهور النص والفتوى فيه - : إن المتجه إلزام الوارث باليمين على نفي العلم باستيفاء مورثه أو إبرائه ، لظهور الخبر الأول (١) في اليمين المخصوصة فيما إذا كان المدعي المستحق ، والتعليل فيه أيضاً . وأما الثاني (٢) فليس فيه إلا اعتبار يمين بعد البيئة ، فهي بالنسبة إلى كل أحد بحاله ، بل إن لم يكن إجماع على سقوط اليمين أو الانظار بها أمكن ذلك في ولي الطفل ، بل والوصي في وجهه ، ولا حاجة إلى دعوى العلم في اعتبار هذا اليمين الذي هو للاستظهار من كل مدعٍ بحسب حاله ، فتأمل جيداً .

هذا وفي المسالك « لو أقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة ففي وجوب ضم اليمين إلى البيئة وجهان ، من إطلاق النص (٣) الشامل لموضع النزاع ، وقيام الاحتمال وهو إبراءه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت ، ومن البناء على الأصل والظاهر من بقاء الحق ، وهذا أقوى » .

وفيه أن ذلك مبني على اختصاص اليمين لنفي احتمال الوفاء من الميت دون غيره ، لكن فيه أولاً أنه منافٍ لإطلاق صحيح الصفار (٤) بل وللخبر المزبور (٥) المراد منه ذلك على جهة التمثيل لا التقييد ، كما هو واضح .

نعم قد يقال بسقوطه فيما لو فرض شهادة الشهود ببقاء الحق في ذمة الميت على وجه لا احتمال لسقوطه أصلاً إلى حين الدعوى أو حين

(١) و (٢) و (٣) و (٥) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) و (٤) الوسائل - الباب - ٢٨ - من كتب الشهادات - الحديث ١ .

ج ٤٠ (استخلاف المدعي مع البينة إن كانت الدعوى على الميت) - ١٩٩ -

الوفاء بناءً على الاجتزاء به ، مع أن ظاهر الصحيح المزبور (١) التعبد ، ويمكن بناؤه على الغالب ، فلا يحتاج إليه في نحو الفرض ، بل لعل ظاهر الخبر الأول (٢) كون اليمين للاستظهار ، باعتبار كون شهادة البينة بالامتنع ، والفرض في المقام خلافه ، فلا استظهار كما في صورة العلم بالحال ، والله العالم .

ثم إن ظاهر قوله : « وقبضه من ماله ولو بعد الموت » مراعاة نفي الاحتمال بعد الموت أيضاً ، لكن ظاهر اليمين في الخبر المزبور (٣) اعتبار نفيه إلى حين الموت دون ما بعده ، اللهم إلا أن يكون المفروض معلومية انتفائه بعده ، إلا أنه كما ترى .

ثم إن ظاهر الصحيح بل والخبر اختصاص الحكم المزبور بالدين ، أما غيره من دعوى عين أو حق خيار فهو باق على مقتضى عموم حجة البينة بلا يمين ، اللهم إلا أن يقال بظهور الخبرين المزبورين في الفرق بين الميت والحي باعتبار اليمين فيما هو حجة على الحي استظهاراً ، والدين فيها إنما هو من باب المثال .

لكن لا يخفى ما فيه من المنع ، خصوصاً بعد الفرق بين بينة العين والدين بأن مبنى الثانية على الامتنع غالباً بخلاف الأولى التي لا بد فيها من الشهادة على ملك المدعي إلى حين الدعوى ، لمعارضة اليد فيها ، فيمكن الاقتصار فيهما على الدين لذلك .

نعم لو شهدت البينة على أن العين كانت في يد الميت عارية أو هبة أو نحوها ولم تشهد أنها كذلك إلى حين الوفاة أو حين الدعوى وقلنا بالاكْتفاء بها في الحي لأصالة عدم تجدد مقتضى آخر لاستمرار قبضه أو

(١) الوسائل - الباب - ٢٨ - من كتاب الشهادات - الحديث ١ .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

أصالة عدم قبض جديد بناءً على إلحاق صورة الشهادة على القبض عارية أو غصباً مع عدم العلم بعودها وتجدد قبض جديد بالصورة الأولى التي علم فيها اتحاد القبض ، ولكن يحتمل تجدد مقتضى لاختلاف استدامته عن ابتدائه احتمل هنا ضم اليمين معها بناءً على أن ذكر الدين مثال لكل ما يحتمل فيه نحو ذلك من تجديد ملك ونحوه . بل في كشف اللثام أنه الوجه ..

لكن قد يناقش (أولاً) بمنع استفادة ذلك من الخبرين على وجه يخرج عن القياس الممنوع عند الشيعة ، و (ثانياً) بمنع الاجتزاء بمثل هذه البيئة في الحلي على وجه يرتفع ما تقتضيه اليد من الملكية في الزمان المتأخر الذي لا يتنافى وقوع القبض منه ابتداءً عاريةً مثلاً فضلاً عن صورة احتمال تجدد قبض جديد منه .

وما في القواعد من أنه « لو أقام بيئة بعارية عين - أي عند الميث - أو غصبها كان له انتزاعها من غير يمين » يراد به مع الشهادة على ذلك إلى حين الوفاة أو الدعوى ، لا أن المراد شهادتها بكونها عارية في الزمن السابق مع عدم العلم بحالها في غيره من الزمان المحتمل لتجدد قبض جديد أو مقتضى لاختلاف الاستدامة مع الابتداء ، كما اختاره في كشف اللثام . وعلى كل حال فلا ريب في أن الأقوى عدم إلحاق العين بالدين في ذلك للعمومات وإن كان هو الأحوط مع فرض بلها من المدعي ، نعم لو فرض تلفها في يده قبل موته على وجه يترتب عليه ضمانها اتجه حينئذ كونها كالدين ، بل هي من أفرادها ، أما إذا فرض تلفها بعد موته وكانت مضمونة عليه فقد يقوى عدم اليمين عليه ، لقصور الخبرين (١)

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ والباب - ٢٨ -

من كتاب الشهادات - الحديث ١ .

ج ٤٠ (عدم لزوم اليمين لو قامت البينة على صبي أو مجنون أو غائب) - ٢٠١ -

عن تناول ذلك ، بل ظاهرهما غيره ، فيبقى هو حيثل على عموم حجة البينة ، والتعليل قد عرفت أنه فيما قبل الموت ونحوها ، فتأمل جيداً : ﴿ ولو شهدت ﴾ البينة ﴿ على صبي أو مجنون أو غائب ﴾ بدين ﴿ في ضم اليمين إلى البينة تردد ﴾ وخلاف ينشأ من كونهم كالميت في عدم اللسان المحتمل على تقدير وجوده الجواب بما يقتضي البراءة منه ، بل هو مقتضى منصوص العلة في الخبر الأول (١) وهو المحكي من الأكثر بل المشهور، ومنهم الشيخ في المبسوط والفاضل والشهيد ، ومن أن معقد النص (٢) والفتوى الميت ، فلا يقاس عليه غيره ، لحرمته عندنا . لكن لا ريب في أن ﴿ أشبهه أنه لا يمين ﴾ وفقاً للمصنف وجماعة ، وخصوصاً في الغائب الذي ورد فيه مرسل جميل بن دراج عن جماعة (٣) عنهما (عليهما السلام) قال : « الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة ، ويباع ماله ، ويقضى عنه دينه وهو غائب ، ويكون الغائب على حجته إذا قدم ، ولا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء ، ونحوه قول الباقر (عليه السلام) في خبر محمد بن مسلم (٤) إلا أن فيه « إذا لم يكن ملياً » إذ لا ريب في ظهورهما ولو للاطلاق في عدم اعتبار اليمين معها ، ومعارضتهما بمنصوص العلة على فرض تسليم جريانه في المقام من وجه ، ولا ترجيح ، فيرجع إلى عموم ما دل على حجة البينة بدونه السالم حيثل عن معارضة منصوص العلة بعد معارضته بالخبرين المزبورين ، بل قوله (عليه السلام) فيها : « ويكون على حجته » مشعر بالفرق بينه وبين الميت بأن له حالاً يقيم به حجته في نقض البينة المزبورة ، وهو ما إذا حضر بخلاف الميت ، بل هو جار أيضاً في الصبي

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٣) و (٤) الوسائل - الباب - ٢٦ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

والمجنون حال البلوغ والافاقة .

بل منه يعلم أن المراد من منصوص العلة في الخبر (١) عدم الدراية التي لا رجاء معها لاحتمال قيام الحجة ، فلا يجري حيثث فيهما ، والله العالم ولو أقام شاهداً واحداً بدينه على الميت ففي القواعد وغيرها « حلف يميناً واحدة » لا لاختصاص النص والفتوى بالبيئة ، إذ من المعلوم أن ذلك أضعف منها ، بل للاستفتاء باليمين القائم مقام الشاهد عن يمين الاستظهار .

وفيه أنه قد لا يغني عنه ، إذ لا يعتبر فيه التعرض لبقاء الحق ، ومع فرض تقييد إغتنائه بالمشتمل على ذلك كما في كشف اللثام قد يقال بأن المعتبر من المقيد ما كان على وفق شهادة الشاهد المفروض كونها على أصل ثبوت الحق ، وما فيها من الزيادة لا دليل على حجته ، إذ ليست هي يمين شاهد ولا يمين استظهار ، لأن الأصل عدم التداخل ، خصوصاً بعد قوله (عليه السلام) في الصحيح (٢) : « مع شاهدين بعد يمين » الظاهر في فعله مستقلاً منضمّاً إلى الحجة في حق الحمي ، كما هو واضح بأدنى تأمل ، فالأولى بل الأقوى ضم يمين آخر معه . نعم قد يقال بالاستفتاء في صورة شهادة الشاهد ببقاء الحق ثم اليمين من المدعي على نحو ذلك ، إذ هو بحكم البيئة على بقاء الحق التي قد عرفت قوة الاستفتاء بها عنه أيضاً إلا مع احتمال التعبد الذي سمعته سابقاً .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا إشكال ولا خلاف في أنه ﴿ يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق ﴾ الثابت عليه ، لكن في المتن وغيره ﴿ بعد

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٨ - من كتاب الشهادات لحديث ١ وفيه « نعم من بعد اليمين » .

تكفيل القابض بالمال ﴿﴾ أي إلزامه بكفيل بذلك ، ولعله للخبرين (١) السابقين ، إلا أنك قد عرفت اشتراط عدم الملاءة في الثاني منها ، بل مقتضى الجمع بينه وبين الآخر تنزيل الأول عليه ، إلا أنه لم أجد قائلًا به نعم في المسالك ﴿﴾ وإنما اعتبر المصنف الكفيل لأنه لم يوجب عليه اليمين مع البيعة ، فجعل الكفيل عوضاً عنه . لاحتمال براءة الغائب من الحق على وجه لا تعلمه البيعة ، ومن أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل إلا على تقدير تعذرهما ، كما لو كان المدعي على الغائب وكيل المستحق ، فإنه لا يجوز إحلافه ، فيستظهر بالكفيل ، ولا شك في أن الكفالة واليمين احتياط واستظهار إلا أن ثبوتها يحتاج إلى دليل .

قلت : قد عرفت أن دليله عند القائل به التعليل في القوي (٢) والخبران (٣) المزبوران المعمول بهما ، على أن المرسل جميل ، وهو من أصحاب الإجماع ، وقد أرسل عن جماعة ، بل هما يدلان على اعتبار تعدد الكفلاء وإن لم نجد به قائلًا ، ولعله لظهور إرادة الجنس منه ، واعتبار اليمين لا يتنافي الاستظهار بذلك ، إذ هو على حجته على كل حال . ومن هنا اعتبره في القواعد مع قوله : « بضم اليمين » وكأنه ظن تمامية الدعوى مع اليمين المقتضية لنفي الاحتمالات ، فلا جهة للتكفيل ، بخلاف حال عدم اليمين ، فإنها لم تتم بعد فيستظهر بالتكفيل ، وفيه أن اليمين على القول باعتبارها لا تسقط صحة الدعوى منه بعد ذلك والتكفيل للاستظهار بها بعد النص عليه في الخبرين ، كما هو واضح .

ثم على فرض اعتبار اليمين لم يجز للحاكم التسليم قبلها في صورة الوكيل ، ضرورة عدم ثبوت الحق بدونها ، فن الغريب صدور ذلك منه .

(١) و (٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

كما أن من الغريب مناقشة الأردبيلي في أصل دفع الحاكم من مال الغائب بعد أن ذكر دليله مرسل جميل بالارسال ومجهولية جعفر بن محمد ابن إبراهيم وعبد الله بن نهيك أيضاً في سنده ، وبأنه غير عام ، وإدخال ضرر على الغائب ، إذ قد يكون له جواب قدح ونحو ذلك ويتعذر ذلك بعد الحكم ، وعلى تقديره فقد يتعذر استيفاء الحق بموت الخصم وفقره أو الكفيل أيضاً ، فينبغي الاقتصار على موضع الوفاق ، وهو فيما إذا علم الخصم أنه إذا لم يحضر بحكم عليه وهو غائب ، لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه .

إذ هي كما ترى ، ضرورة عدم الاحتياج إلى المرسل في الدفع بعد فرض مشروعية الحكم على الغائب ، ضرورة كونه حيثئذ من مقتضياته ، بل لو لا النص والفتوى على التكفيل بالوجه المزبور لكان المتجه عدم وجوبه . ثم إن الظاهر إرادة الضمان من الكفالة هنا ، لأن به الاستظهار التام ، بل قد يشعر بذلك اعتبار عدم الملاءة في أحد الخبرين (١) والله العالم . ﴿ ولو ذكر المدعي أن له بيعة غائبة خيبره الحاكم ﴾ فيما له شرعاً ﴿ بين الصبر ﴾ لأن المدعي لا يجبر على دعواه ﴿ وبين إحلاف الغريم ﴾ فان ذلك له مع حضور بينته فضلاً عن حال الغيبة .

لكن في النافع هـ ولو قال : البيعة غائبة أجل بمقدار إحضارها ، وفي تكفيل المدعي عليه تردد ، ويخرج من الكفالة عند انقضاء الأجل . وفيه أنه لا فائدة في هذا التأجيل ، ضرورة أن له الدعوى وإقامتها بعد الأجل ، واحتمال سقوط دعواه حيثئذ مطلقاً أو بعد إلزامه بإحلاف المنكر لا ينبغي صدوره من متفقه فضلاً عن الفقيه وإن كان قد يتوهم

(١) الوسائل - الباب - ٢٩ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

ج ٤٠ (عدم لزوم التكفيل لو ذكر المدهي أن له بيئة غائبة) - ٢٠٥ -

دلالة مرسل الوصية لشرح (١) عليه المحتمل لإرادة بيئة الجرح خاصة ، ولو سلم دلالة على ذلك فلا قائل به ، فلا يبعد إرادة الامهال الذي لا يترتب عليه ذلك من التأجيل فيه بل وفي الخبر (٢) أو أن مراده الأجل لأجل التكفيل وإن قصرت العبارة عنه ، كما هو ظاهر النهاية ، قال : « وإن قال : لست أتمكن من إحضارها جعل معه مدة من الزمان ليحضر فيه بينته وتكفل بنفسه ، فإن أحضرها نظر فيها وإن لم يحضرها عند انقضاء الأجل خرج خصمه عن حد الكفالة » . فتأمل جيداً .

وأما ما ذكره من التردد في التكفيل فقد جزم هنا بعدمه ، فقال : « وليس له ملازمته » على وجه لا تجوز له بدون ذلك فضلاً عن حسبه « ولا مطالبته بكفيل » وفقاً للمحكي عن أكثر المتأخرين ، بل عامتهم والاسكافي والشيخ في الخلاف والمبسوط والقاضي في أحد قوليهِ ، للأصل السالم عن معارض بعد عدم ثبوت الحق الذي لا معنى للعقوبة عليه قبله ، على أن الكفيل يلزمه الحق إن لم يحضر المكفول ، وهنا لا معنى له قبل إثباته ، بل لا معنى لكون حضور الدهوى وسماع البيئة حقاً يكفل عليه ، لأنه بعد الاتيان بالبيئة إن كان حاضراً فذاك ، وإلا حكم عليه وهو غائب .

خلافاً للمحكي عن الشيخين في المقنعة والنهاية والقاضي في أحد قوليهِ وابن حزم وزهرة نافياً للخلاف فيه ظاهراً ، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، فإنه قد يهرب المدعى عليه ، ولا يتمكن المدهي من تحصيل الحق ، فيجب حينئذ مقدمة ، للزوم مراعاة حق المسلم من الذهاب في نفس الأمر ، وبذلك ينقطع الأصل ، والالتزام بالكفيل أو الحبس وإن كان ضرراً إلا

(١) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب آداب القاضي - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٦ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

أن ذهاب الحق أيضاً ضرر ، وعلى الحاكم مراعاة الأقل ضرراً ، ولعله التكفيل ، وعدم الفائدة في التكفيل مسلم إن تحقق عدم إمكان إثبات الحق في نفس الأمر ، ولكنه غير متحقق بعد احتمال حضور البيئة وثبوت الحق بها ، فيلزم التكفيل إحضاره أو الالتزام بالحق إن ثبت وهرب المدعى عليه ولم يكن له مال يقتص منه ، والحكم على الغائب غير كافٍ في التخلص عن احتمال ذهاب الحق .

ومن هنا مال في الرياض إلى ذلك وقال : « إن القول به لا يخلو من رجحان إن خيف هرب المنكر وعدم التمكن من استيفاء الحق بعد ثبوته من ماله ، ولو لم يخف من ذلك أمكن ترجيح القول الآخر ، وبهذا التفصيل صرح الفاضل المقداد ، فقال : ولنعم ما قال ، ويقوى أن التكفيل موكل إلى نظر الحاكم ، فإن الحكم يختلف باختلاف الغرماء ، فإن الغريم قد يكون غير مأمون ، فالمصلحة حينئذ تكفيله ، وإلا لزم تضييع حق المسلم ، وقد لا يكون كذلك بل يكون ذا ثروة وحشمة ومكنة فلا حاجة إلى تكفيله ، لعدم ثبوت الحق والأمن من ضياعه . وربما كان المدعي محتملاً يطلب التكفيل وسيلة إلى أخذ ما لا يستحقه . »

لكن لا يخفى عليك أن جميع ذلك لا ينطبق على أصول الإمامية ، ضرورة رجوعه إلى ما يشبه الاستحسان ، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار لا وجه لجريانها في المقام ، إذ الضرر لا يدفع بالضرر ، على أنها لا تقتضي تعجيل الضرر على المسلم باحتمال ضرر الآخر ، ولعل البحث بين الأصحاب في أصل مشروعية التكفيل بمجرد الدعوى ، كما شرح به هنا الفاضل المزبور عبارة النافع ، بل حكى القول عن عرفته بلفظ جواز التكفيل ومنعه ، لا في الالتزام به قبل ثبوت الحق ، وقد ذكرنا في الكفالة ما يستفاد منه ذلك . ثم على التكفيل فهل يتعين في ضرب مدته ثلاثة أيام ، كما عن

ابن حمزة أو يناط بنظر الحاكم ؟ قولان ، ولكن على كل حال يخرج الكفيل من الكفالة عند انقضاء الأجل المضروب كائناً ما كان بلا خلاف ولا إشكال والله العالم .

وكذا ليس له حبسه أو المطالبة بكفيل لو أقام شاهداً واحداً وإن كان عدلاً ، لعدم ثبوت الحق به ، خلافاً للمحكي عن المبسوط لقدرته على إثبات حقه باليمين فيحبس إلى أن يشهد آخر أو يحلف المدعي أو يحلفه ، وغاية الحبس ثلاثة أيام ، فإن أثبت الدعوى وإلا أطلق ، وفيه أن العقوبة بالحبس إنما تجوز بالتقصير بالحق الثابت ولا يكفي فيها القدرة على إثباته ، كما هو واضح .

﴿ وأما السكوت فإن اعتمده ألزم بالجواب ﴾ لأنه نفسه ليس جواباً ، والفرض تعلق حق الدعوى بجوابه ﴿ فإن عاند حبس حتى يبين ﴾ الجواب كما عن الشيخين والدبلمي وابني حمزة وسعيد والفاضل وولده وغيرهم ، بل في المسالك نسبته إلى المتأخرين .

﴿ وقيل ﴾ وإن كنا لم نعرف قائله : ﴿ يجبر ﴾ بالضرب ونحوه من باب الأمر بالمعروف ﴿ حتى يجيب ﴾ .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي مبسوطه والحلي في محكي مرآته والفاضل في موضع من قواعده والقاضي في محكي مذهب به ﴿ بقول ﴾ له ﴿ الحاكم : إما أجبت وإما جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على المدعي ، فإن أصر رد اليمين على المدعي ﴾ وقضى له ، بل في الأول « أنه الذي يقتضيه مذهبنا والثاني - يعني الحبس - قوي أيضاً » وفي الثاني « أنه الصحيح من مذهبنا وأقوال أصحابنا وما يقتضيه المذهب » وفي الأخير « أنه ظاهر مذهبنا ولا بأس بالعمل بالحبس » .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ الأول مروي ﴾ كما عن التحرير أيضاً وإن

اعترف جماعة بعدم الظفر بهذه الرواية ، نعم قيل : لعله النبوي المشهور (١) « لي الواجد يحمل عقوبته وعرضه » وفي آخر « وحبسه » المعتضد بما قيل من النصوص الكثيرة (٢) الدالة على حسن أمير المؤمنين (عليه السلام) الغريم بالي والمطل من دون ضرب وإهانة ونحوهما .

وفيه أن المساق منه المالي لا ما يعم استحقاق جواب الدعوى ، سيما نصوص الغريم ، وربما علل أيضاً بأن الواجب عليه الجواب ، وهو كما يحتمل الاقرار يحتمل الانكار ، فيجب عليه الحبس ، وغيره ليس بواجب لأصل البراءة ، وجعله ناكلاً أو كالتناكل يحتاج إلى دليل .
وظاهر الروضة التخيير بين الحبس والرد ، كما عن ظاهر الشيخ علي بن هلال مع إضافة الضرب أيضاً .

ثم إن ظاهر الأصحاب عدم فعل شيء معه على القول الأول غير الحبس ، لكن في الرياض ألزم بالجواب أولاً باللطافة والرفق ثم بالأيذاء والشدة متدرجاً من الأدنى إلى الأعلى على حسب مراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فإن أجاب وإلا حبسه حتى يجيب وفاقاً لمن عرفت ، ثم قال : « وقيل : يجبر حتى يجيب من غير حبس ، بل يضرب ويبالغ في الإهانة إلى أن يجيب . ومستنده غير واضح عدا ما استدل له من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وفيه نظر فإنها يحصلان أيضاً بالأول ، فلا وجه للتخصيص » .

قلت : ومقتضاه أنه على الثاني يضرب حتى يجيب أو يموت ، وليس هو قولاً لأحد ، بل ليس من مقتضى ما ذكر دليلاً له من الأمر بالمعروف

(١) راجع التعليقة (١) من ص ١٦٤ . وسنن البيهقي ج ٦ ص ٥١ .

(٢) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب كيفية الحكم والنبذ - ٧ - من كتب الحجر .

المعوم عدم مشروعية هذا المقدار له . فالتحقيق أن الفرق بين الأول والثاني الاقتصار على خصوص الحبس على الأول لما أرسلوه من الرواية بخلاف الثاني، فإنه مبني على حكم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من استعمال مراتبه التي تنتهي إلى الحبس أيضاً .

وعلى كل حال فليس للأول إلا المرسل المنجبر بما عرفت ، وللثاني إلا باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وللثالث أنه نكول أو أولى منه ، ضرورة أنه لو أجاب بجواب صحيح ثم امتنع من اليمين جعل ناكلاً ، فإذا امتنع عن الجواب واليمين فأولى أن يكون ناكلاً ، لأنه نكل عن الجواب واليمين معاً ، ولأن العناد منه أشد وأظهر، ولأنه لما لم ينكر احتمل الاقرار ، فإذا اعتبرت يمين المدعي مع صريح الإنكار فمع السكوت أولى . ومن هنا قال المصنف : ﴿ والأخير بناءً على عدم القضاء بمجرد النكول ﴾ وإلا كان المتجه عدم الاحتياج إلى اليمين . كل ذلك مضافاً إلى ما في الاقتصار على الحبس من الاضرار بالمدعي بالتأخير ، وربما أدى إلى ضياع حقه ، بل فيه وفي الجبر إضرار بالمدعي عليه بلا دليل ، وما مر من الدليل عليها مندفع بأن الرد على المدعي أرفع له عن السكوت وأسهل وأفيد للمدعي .

وقد يناقش بعدم صدق اسم النكول عليه ، إذ يحتمل أنه أدى الحق وليس بمنكر بلزمه اليمين ولا مقر بلزمه الحق ، فيسكت عن الإنكار لعدم صحته ، وعن الاقرار مخافة الالتزام ، والفرض عدم شهود عنده ولو لموتهم ، ولا يحسن التورية أو لا يعلم شرعيتها ، وبأن الحكم بالنكول بمجرده أو بعد رد اليمين مخالف للأصل ، فيقتصر فيه على محل اليقين ، وليس هو إلا ما انعقد عليه الإجماع من كونه بعد الإنكار ، وهو مفقود في المقام قطعاً ، لما عرفت من إطلاق المتأخرين كافة على

اختيار القول الأول ، بل قد عرفت لإرسال الرواية فيه ، بل ظاهرهم أنها صريحة فيه ، وهي مع انجبارها بما سمعت معتقدة بالنبوي (١) السابق المختص بالنصوص الكثيرة (٢) بل قد استفاد من قوله (عليه السلام) في خبر عبد الرحمن (٣) المتقدم في الدعوى على الميت : « ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه » أن كيفية القضاء عليه لإلزامه بأحد الثلاثة على جهة التخيير له ، ولما كان طرق الإلزام كثيرة أمكن ترجيح الحبس منها بالمرسل المنجبر بما عرفت ، بل ربما يدعى أنه المتعارف من طرق الإلزام ، خصوصاً بعد أن كان ذلك طريقاً في الغريم المحقق ، فهنا بطريق أولى .

على أن الدعوى المقابلة بالسكوت أو تقتضى ردّ اليمين على المدعي لعدم خروجه عن أحد الاحتمالين لاقتضت ذلك في الدعوى على الميت وعلى الممتنع عن مجلس الحضور وعلى الغائب وعلى الصبي والمجنون ونحوهم ممن لم يتحقق منهم جواب ، وهو معلوم العدم ، بل ينحصر طريق ثبوت الدعوى حينئذ بالبينّة ، فإن لم تكن فلا حق له ، كما أوماً إليه أيضاً الخبر المزبور (٤) .

ودعوى اقتضاء إطلاق أدلة الأمر بالحكم بين الناس (٥) وجوب إيجادها في الفرض ، وقد عرفت استفادة ميزانه من النصوص الكثيرة الدالة على أنه البينات والأيمان (٦) وهو الدليل على القضاء بنكول المنكر عن

(١) راجع التعليقة (١) من ص ١٦٤ .

(٢) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب كيفية الحكم والباب - ٧ - من كتاب الحجر .

(٣) ر (٤) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب كيفية الحكم .

(٦) الوسائل - ١ و ٢ - من أبواب كيفية الحكم .

الرد واليمين الشامل لموضوع الفرض يدفعها منع وجوب إيجادها على كل حال ، مضافاً إلى عدم انحصار الحكم في ذلك ، بل هو ما ذكرناه من الالتزام المزبور ، والحكم بردّ اليمين في الناكِل إنما كان بعد الإجماع المركب على حصول ميزان القضاء ، ولكنه النكول أو اليمين قلنا : إن الأقوى الثاني بخلاف المقام ، فإن المشهور عدم الحكم بالمعنى المزبور كما عرفت ، بل هو الحبس المطابق لما اقتضاه خبر عبد الرحمن (١) الظاهر في عدم تحقق النكول لتعذر الجواب ، بل لا بد فيه من تحقق الإنكار وعدم العمل بما يوجب ، ولذا سقطت الدعوى عن الميت التي يفرض فيها ما ذكره من أنه إما مقرر أو منكر إلى آخر ما سمعت ، وهو معلوم العدم فيه وفي نظائره ، والله العالم .

هذا إذا كان السكوت عناداً ﴿ و ﴾ أما ﴿ لو كان به آفة من طرش أو خرس توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين ﴾ بكونه مقررأ أو منكرأ إذا لم نقل بالخاق إشارة الأخرس باللفظ الذي يكفى بالظن بالمراد منه .

﴿ ولو استغفلت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد وافتر في الشهادة به ﴾ بالمراد من ﴿ إشارته إلى مترجمين عدلين ﴾ بناءً على أن ذلك من مقام الشهادة ، وقد عرفت التأمل سابقاً في نظيره ، بل قد يحتمل في أصنل الترجمة للفظ أنها من قرائن الظن بالمراد به ، فلا يعتبر العدالة حينئذ فضلاً عن التعدد ، فتأمل والأمر سهل .

ثم إن ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه في الثلاثة عدم حال آخر رابع مخالف لها في الحكم . وحينئذ إذا كان جوابه لا أدري ولا أعلم ونحو ذلك فهو منكر ، ضرورة عدم كونه إقرارأ ، كضرورة عدم كونه سكوتأ ،

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

فليس إلا الإنكار ، وانساق القطع بالعدم منه لا يتنافى كونه فرداً آخر له مرجعه عدم استحقاق ما يدعيه عليه وإن لم يعلمه في نفس الأمر ، ضرورة اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه ، فإذا نفي العلم بسببه كان نافياً للاستحقاق المزبور الذي هو روح الدعوى عليه . وبذلك يكون منكراً لا يتوجه عليه إلا اليمين ، لموافقته للأصل وغيره ، ولا يتنافى ذلك ما تسمعه من الأصحاب من غير خلاف فيه يعرف بينهم من اعتبار الحلف على البت في فعله نفياً وإثباتاً المنزل على الصورة الغالبة من الإنكار ، بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصورة الثانية ، فإنه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث .

ولكن في مجمع البرهان أنه « لو قال المنكر : إني ما أحلف على عدمه فإني ما أعلم بل أحلف على عدم علمي بثبوت حقتك في ذمتي لا يكفي ، بل يؤخذ بالحق بمجرد ذلك حيثل إن قيل بالقضاء بالنكول ، وبعد ردّ اليمين على المدعي إن لم نقل به ، ويحتمل قوياً هنا عدم القضاء بالنكول وإن قيل به في غيره ، بل يجب الردّ حيثل » .

نعم قال بعد ذلك : « ويحتمل الاكتفاء في الاسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك ، للأصل وعدم ثبوت ما تقدم والتأمل فيه ، فتأمل - ثم قال - : إن الأصل عدم ثبوت الحق في ذمته ، وطريق ثبوته الشهود ، والفرض عدمهم ، ولم يثبت دليل على أن إنكار المدعي عليه ودعوى عدم علمه بالحق وعدم حلفه على البت يوجب ثبوت الحق في ذمته أو موجب لردّ اليمين على المدعي ، ويؤيده عموم قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة » إلى آخره ، فإنه يدل بظاهره على عدم اليمين على المدعي ، وأن يمين المنكر أهم من أن تكون على نفي المدعي أو على

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من إبراهيم كيفية الحكم .

نفي العلم به ، إذ هو لا ينكر إلا علمه ، وأيضاً البيئة ما تشهد بثبوت الحق على الجزم والقطع الآن ، بل أقصى ما تشهد بالثبوت مع عدم العلم بالمزيل ، فينبغي أن تكون اليمين كذلك .

وفي الكفاية ، مقتضى ظاهر كلامهم أنه إذا ادعى عليه بهال في ذمته ولم يكن المدعى عليه عالماً بثبوت ولا نفيه لم يكف حلف المنكر بنفي العلم ، وأنه لا يجوز له حيثل الحلف بنفي الاستحقاق ، لعدم علمه بذلك ، بل لابد له من ردّ اليمين ، وإن لم يرد يقضى عليه بالنكول وبعد ردّ اليمين على المدعى إن لم نقل به ، وإن قال متصلاً بها سمعت : « لكن في إثبات ذلك إشكال ، إذ لا يبعد الاكتفاء حيثل بالحلف على نفي العلم ولا دليل على نفيه ، إذ الظاهر أنه لا يجب عليه إيفاء ما يذمّه إلا مع العلم ، ويمكن على هذا أن يكون عدم العلم بثبوت الحق كافياً في الحلف على عدم الاستحقاق ، لأن وجوب إيفاء حقه إنما يكون بعد العلم به ، لكن ظاهر عباراتهم خلاف ذلك ، وبعض المتأخرين احتمل قوياً عدم القضاء بالنكول في الصورة المذكورة وإن قيل به في غيره ، بل يجب الرد حيثل ، واحتمل الاكتفاء في الاسقاط بيمينته على عدم علمه بذلك ، وهو موافق لما ذكرناه وقلنا إنه غير مناف لظاهر كلماتهم ، فإن مرادهم من الجزم والبت في الصورة الأولى من الإنكار .

ومن التأمل فيما ذكرنا يظهر لك اندفاع المناقشة بعدم الدليل على الاكتفاء في الفرض بالحلف على نفي العلم ، والأصل عدم انقطاع الدوى المسموعة بمثل هذا اليمين ، سيما إذا كانت مسقطة للبيئة لو أقيمت بعدها نحو يمين الإنكار ، فيقتصر فيما خالفه على المتيقن من النص والفتوى ، وليس إلا اليمين على البت لا مطلقاً ، وليس في النصوص والفتاوى الدالة على سقوطها بها ما يدل على السقوط هنا ، لما عرفت من أن المتبادر من

اليمين على الشيء اليمين على البت خاصة ، ومقتضى ذلك عدم الاكتفاء باليمين على نفي العلم ، فينحصر قطع الدعوى وسقوطها في ردّ اليمين على المدعى ، إن حلف أخذ ، وإن نكل سقطت الدعوى ، وعدم وجوب إيفاء ما يدعيه عليه إلا مع العلم مسلم فيما بينه وبين الله تعالى ، ولكن لا ينفع في إثبات كفاية الحلف على نفي العلم في مقام الدعوى وإسقاطها ، وإن هو إلا عين النزاع . ومنه يظهر الوجه في منع كفاية عدم العلم في الحلف على نفي الاستحقاق المطلق المتبادر منه نفي الاستحقاق ولو في نفس الأمر ، ولا يمكنه الحلف عليه لامكانه ، وعدم علمه به إنا يوجه له الحلف على عدم تكليفه في الظاهر بإيفائه ، لا الحلف على عدم استحقاقه في الواقع ، وبينهما فرق واضح ، إذ هي كما ترى ، ضرورة أن الجزم المذكور في كلامهم لا يراد منه إلا الجزم في الصورة الأولى من الإنكار ، بمعنى أنه بعد تصريحه بالنفي الظاهر في العلم بالعدم في نفس الأمر لا يجوز إلا اليمين على ذلك ، لا ما إذا كان إنكاره من أول الأمر بنفي العلم . فانه يكون نحو إنكار الوارث ، كما أن الوارث لو فرض إنكاره بالعدم في نفس الأمر كان يمينه كذلك ، ولا يجوز نفي العلم ، ولكن لما كان الغالب فيه الأول قالوا : إن يمينه على نفي العلم ، والغالب في غيره الإنكار بالنفي واقعاً قالوا : إن يمينه على البت .

كل ذلك مضافاً إلى معارضة أصل عدم سقوط الدعوى بمثل اليمين المزبورة بأصالة عدم ثبوت الحق بمثل هذه اليمين المردودة من الحاكم على المدعي ، ولأننا المسلم منها يمين الإنكار التي امتنع عن إيقاعها مع تصريحه بالعلم بالنفي ، وعن ردها لا في مثل الفرض المذكور . وترجيح الأول بموافقته لظاهر كلماتهم في اعتبار الجزم في الحلف - والفرض عدم إمكانه ، فينحصر طريق قطع الدعوى برّد اليمين من المدعى عليه أو الحاكم مع

أنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه - ليس بأولى من القول بترجيح الثاني بقوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة » إلى آخره الظاهر في انحصار ثبوت المدعى بالبينة ، فتوقف الدعوى حينئذ عليها ، نحو الدعوى على ميت أو غائب أو نحوهما ، بل ينبغي القطع بذلك بناءً على أن الجواب بذلك ليس إنكاراً ، فتكون حينئذ مجرد دعوى لا منكر لها ، ومعلوم انحصار ثبوتها حينئذ في البينة .

إلا أن المعروف بل لم أجد خلافاً بين من تعرض لهذا الفرع عدم إيقاف الدعوى على البينة ، فيقتضى إدراجهم له تحت المنكر ، فيتعين عليه اليمين أو ردّها ، وربما يرشد إلى ذلك قولهم : « يحلف الوارث على نفي العلم بالدعوى على الميت » وليس هو إلا من المنكر أيضاً وإن كان جوابه لا أعلم ، ومن هنا كان له ردّ اليمين على المدعي ، فيثبت به الحق بلا خلاف ولا إشكال .

وما في الرياض من « أن اكتفاءهم بذلك ثمة إنما هو من حيث عدم كون المنكر طرفاً لأصل الدعوى على الغير ، بل هو الطرف الآخر لها ، وإنما المنكر طرف دعوى أخرى معه ، وهي كونه عالماً بالمدعى وثبوته على الغير في الدعوى الأولى ، فحلفه على نفي العلم حقيقة حلف على نفي ما ادعى عليه على القطع في هذه الدعوى ، فظهر أن حلف المنكر على القطع أبداً حتى بالنسبة إلى فعل الغير مطلقاً ، لأن ما يحلف عليه ليس هو إلا ما ينكره حقاً كان أو غيره . وبذلك صرح الفاضل في التحرير - ثم قال - : ويتحصل من هذا أن متعلق الحلف ليس إلا ما تتعلق به الدعوى ، وهو المتبادر من النصوص ، والحلف على نفي العلم فيما نحن فيه ليس حلفاً على ما تعلق به دعوى المدعي ، لأن دعواه ثبوت

الحق في ذمته لا علمه به ، ولا تلازم بينهما ، لا مكان أن يدعى الحق عليه ولا يدعى عليه العلم، فحيث لا يمينه على نفي العلم لاغية لا ربط لها بها يدعيه بالكلية ، فكيف يمكن أن تكون بها ساقطة ، نعم لو ادعى عليه العلم بالحق حال الدعوى أيضاً أتجه الاكتفاء بالخلف على نفي العلم ، وسقوط أصل الدعوى بها حيث لا تتركبها كما ذكرناه في الخلف على نفي العلم بفعل الغير ، ولكن الظاهر أن مثله في المقامين لا يسقط اعتبار البيئة لو أقيمت بعد الدعوى عملاً بمحرم ما دل على اعتبارها مع سلامتها عن المعارض فيها ، لاختصاص ما دل على سقوط البيئة باليمين بحكم التبادر وغيره باليمين على نفي الحق لا نفي العلم، وبالجملة الظاهر فيما نحن فيه حيث لا يدعى عليه العلم عدم الاكتفاء بالخلف على نفي العلم ، بل لا بد من ردّ اليمين على المدعي ، ولا محيص في قطع الدعوى من دونه .

لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا من أن المتجه مع القول بعدم كون ذلك جواباً عن الدعوى انحصار الإثبات بالبيئة ، إذ لا محل لردّ اليمين مع عدم المنكر كي يتجه الثبوت بها ، ولكن قد عرفت إمكان دعوى القطع بعدم ذلك ، فليس حيث لا لاندراج في المنكر الذي عليه اليمين وله الردّ ، بل يمكن دعوى القطع به من حصرهم أحوال المنكر في الثلاثة قديماً وحديثاً .

على أن المستفيض في النصوص (١) أن البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه . ولا ريب في كونه مدعى عليه عرفاً إن لم يكن منكراً فيه، بل التأمل في جميع النصوص يقتضي أن للانكار طريقين : أحدهما نفي الدعوى في نفس الأمر ، والآخر نفي ما يترتب عليها من وجوب الأداء ونحوه ، وذلك بنفي العلم بسببها الموافق لأصالة عدم حصوله الذي هو

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم .

ميزان المنكر .

وبذلك يكون الوارث منكراً في الدعوى على الميت ، ويكتفى منه بالخلف على نفي العلم ، لتعلقه بفعل الغير الذي هو في الغالب غير معلوم للآخر ، كما أن الغالب العلم بفعل نفسه وإن كان قد يعلم نفي فعل الغير ، ولا يعلم نفي فعل نفسه في حال النوم أو السكر أو الصبا أو غيرها من الأحوال ، وستعرف فيما يأتي أن استحقاق اليمين على الوارث بمجرد الدعوى على الميت وإن لم يدع عليه العلم ، ولكن يكفي في حلفه نفي العلم ، لتعلقه بفعل الغير ، إلا إذا كان انكاره لأصل وقوع الفعل من الميت فيحلف على نفيه كذلك وإن كان هو خلاف ما صرح به المصنف وغيره ممن تأخر عنه .

وأما فعل نفسه فإن كان جوابه نفيه في الواقع اعتبر في يمينه كونها على عدمه في نفس الأمر وإن كان على عدم العلم به كفى لإيقاعها على ذلك في إسقاط ما يترتب على الدعوى .

والمراد باعتبار الجزم في اليمين في صورة كون الانكار جزءاً لا مطلقاً حتى في الوارث ، وامتناء الأصحاب له مبنى على الغلبة المزبورة ، كاعتبارهم الجزم في نفي فعل نفسه .

وبذلك كله ظهر لك أن الجواب بعدم العلم إنكار ، فيتوجه عليه اليمين وله ردّه ، نعم قد يقال بعدم اقتضاها سقوط البيعة لو أقيمت بعد ذلك بناءً على ظهور ما دل على الإسقاط في اليمين الذي يكون متعلقها النفي في نفس الأمر ، لا أقل من الشك ، فيبقى عموم ما دل على قبولها بحاله .

بل لحل التأمل الصادق يقضي بغرابة اشتباه الحال على أمثال هؤلاء الأفاضل خصوصاً السيد في الرياض الذي قد جزم بها سمعت .

بل عن جامع المقاصد في باب الوكالة فيما لو ادعى أنه وكيل فلان الغائب في تزويجه فلانة فعمد عليها ثم إن الغائب مات وادعت ذلك على الورثة وقالوا : لا ندري أنها تحلف وترث .

بل قيل : إنهم قالوا في باب الطلاق : إن الزوج لو ادعى أن الطلاق متأخر عن وضع الحمل فهي الآن في عدة وقالت الزوجة : لا أدري أن له الرجعة ، ولا تقبل دعواها وبالعكس ، إلا أنا لم نتحقق ذلك ، بل ربما كان غير ما نحن فيه ، وعلى فرضه فالاشتباه غير عزيز .

كل هذا مع أنه قد يقال بجواز الحلف على مقتضى الأمارات الشرعية كما أوماً إليه الصادق (عليه السلام) في خبر حفص بن غياث (١) قال له رجل : إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز أن أشهد أنه له ؟ قال : نعم ، قال الرجل : أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره ، فقال أبو عبد الله (عليه السلام) أفبطل الشراء منه ، قال : نعم ، فقال أبو عبد الله (عليه السلام) فلعله لغيره ، فن أبن جاز لك أن تشتره ويصير ملكاً لك ؟ وتقول بعد الملك : هو لي وتحلف عليه ، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك ، ثم قال أبو عبد الله (عليه السلام) : لو لم يجز هذا لم يقيم للمسلمين سوق ، مع أن ما ورد في التأكيد من اعتبار العلم في الشهادة وأنت لا تشهد إلا على مثل الشمس (٢) أشد مما ورد في البين .

ألهم إلا أن يفرق بين ما هو مقتضى اليد ونحوها من الأمارات الشرعية وبين ما هو مقتضى نحو أصل البراءة والعدم ونحوهما مما هو كالمعلوم من الشرع عدم جواز الحلف على مقتضاهما ، خصوصاً بعد

(١) الرسائل - الباب - ٢٥ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٣ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٠ - من كتب الشهادات .

استفاضة النصوص (١) بعدم جواز الحلف إلا على العلم .
وعلى كل حال فلا ريب في أن التأمل الصادق في النصوص والفتاوى يقتضي كون الحكم في أصل المسألة ما عرفت من الاكتفاء بيمين نفي العلم أو انحصار الحق بالينة ، وخصوصاً في نحو ما لو ادعى رجل على مال في يد رجل أنه سرق منه وبيع عليه ، فقال من في يده المال : إني لا أعلم بذلك ولكن اشتريته من يد رجل مسلم ، إذ هو كالمقطوع بأن القضاء بينها بأن الينة على المدعي واليمين على المدعى عليه بمجرد القول المزبور ، وإن اعترف المدعي بعدم علم المدعى عليه بحقيقة الحال ، وأنه لا يكون القضاء في ذلك ردّ اليمين على المدعي أو انحصار ثبوت حقه بالينة على وجه بحيث لو أراد ردّ اليمين عليه لم يثبت به حق ، لعدم كونه منكراً يتوجه عليه اليمين حتى يصح له ردّه عليه .

نعم قد يفرق بين هذا وبين الفرض باعتبار الاستناد هنا إلى مقتضى اليد التي جعلها الشارع سبباً للحكم بالملك على وجه تجوز الشهادة به والحلف عليه وإن قال مع ذلك : ما أدري بصدق المدعي أو كذبه ، بخلاف دعوى الدين التي لا مستند لقوله لا أدري إلا الأصل الذي لا يجوز الحلف على مقتضاه بعنوان البت ، لعدم سببته من الشارع فيه على نحو اليد ، فتأمل ، والله العالم .

﴿ مسائل تتعلق بالحكم على الغائب ﴾

الذي لا إشكال ولا خلاف بيننا في مشروعية الحكم عليه في الجملة بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى خبري جميل (١) ومحمد بن مسلم (٢) المتقدمين سابقاً ، بل قيل : والنبوي (٣) المستفيض أنه قال لهند زوجة أبي سفيان بعد أن ادعت أنه رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي : « خذي ما يكفيك وولدتك بالمعروف » وكان أبو سفيان غائباً والمروزي عن أبي موسى الأشعري (٤) « كان النبي (صلى الله عليه وآله) إذا حضر عنده خصمان فتواعد الموعد فوافي أحدهما ولم يف الآخر قضى للذي وفى على الذي لم يف ، أي مع البينة ، وصحيح زرارة (٥) عن أبي جعفر (عليه السلام) الذي يقول فيه في الغاصب وأكل مال اليتيم والأمين : « وإن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً » .

وحينئذ فما في خبر أبي البخري (٦) المروي عن قرب الاسناد عن جعفر عن أبيه عن علي (عليهم السلام) « لا يقضى على غائب ، محمول على إرادة عدم الجزم بالقضاء عليه على وجه لا تسمع حجته إذا قدم أو غير ذلك .

نعم هل يشترط في الحكم عليه دعوى جحوده كما في القواعد التوقف فيه ، قال : « فإن شرطناه لم تسمع دعواه لو اعترف بأنه معترف ، ولو

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٢٦ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٣) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٤١ .

(٤) كنز العمال - ج ٥ ص ٥٠٧ - الطبع الحديث .

(٥) و (٦) الوسائل - الباب - ٢٦ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ - ٤ .

لم يتعرض لبحوده سمعت « بل عن التحرير الجزم بعدم سماع بيئته إلا لأخذ المال لو اعترف باعترافه ، ومرجعه إلى اشتراط ادعاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال ، والتردد إذا لم يتعرض لبحوده من اشتراط سماعها به ولم يعلم ، ومن تنزل الغيبة منزلة السكوت النازل منزلة الجحود ، لاحتماله الجحود في الغيبة وإن لا يقدر بعد على الاثبات إذا ظهر الجحود .

ولكن لا يخفى عليك إطلاق النص والفتوى وممقن الإجماع ، وما في الخبرين من أنه على حجته إذا قدم لا يقتضي اشتراط دعوى جحوده في الحكم ، نعم قد يتوقف في صورة العلم باعترافه بناءً على اشتراط الخصومة في مطلق القضاء على الحاضر ، وقد عرفت الكلام فيه سابقاً والمتيقن من الخبرين غير المفروض ، نعم لا إشكال في تناولها غير معلوم الحال ، كما هو واضح .

المسألة الأولى :

﴿ يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً ﴾ كان بلا خلاف أجده فيه ولو دون المسافة ، إلا ما يحكى عن يحيى بن سعيد فاعتبرها ، وإطلاق النص والفتوى حجة عليه ، بل وإطلاق الأمر (١) بالحكم بالبينات وبالقسط والعدل ونحو ذلك مع عدم الضرر على المحكوم عليه بعد أن كان هو على حجته ، ودعوى انسياق بلوغ المسافة من الغائب ممنوعة .

بل مقتضى ما سمعت جواز الحكم عليه ﴿ وإن كان ﴾ حاضراً

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٨٨ وسورة المائدة : ٥ الآية ٤٢ وسورة ص : ٢٨ الآية ٢٦

والوسائل - الباب - ١ و ٢ - من ابواب كيفية الحكم .

لم يتعذر عليه الحضور نحو سماع البينة عليه بعد المرافعة وإن لم يكن حاضراً عند الشهادة بلا خلاف أجده فيه ، نعم لو كان في المجلس لم يقض عليه إلا بعد علمه كما في الدروس .

﴿ وقيل ﴾ كما عن المبسوط وتعليق الارشاد : ﴿ يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم ﴾ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن الذي هو محل ضرورة .

وفيه أن الأصل مقطوع بما عرفت ، وما في الخبرين (١) من أنه على حجته إذا قدم لا يقتضي اختصاص الغائب بذلك ، على أن الخصم قد سلم شموله للحاضر المتعذر عليه الحضور ، مضافاً إلى ما سمعته من خبر أبي سفيان (٢) بناءً على أنه من الحكم عليه بما سمعت ، وقد قيل : إنه كان حاضراً بمكة وكذا خبر أبي موسى الأشعري (٣) بل وصحيح زرارة (٤) كل ذلك مع الانجبار بالشهرة العظيمة التي كادت تكون إجماعاً ، بل لعلها كذلك بناءً على عدم قدح مثل الخلاف المزبور فيه ، والله العالم.

المسألة الثانية : ﴿

﴿ يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون والعقود والایقاعات والأحكام وغيرها لأنها مبنية على الاحتياط مضافاً إلى ما سمعت .
﴿ ولا يقضى عليه ﴾ في حقوق الله تعالى كـ ﴿ الحلد المترتب على ﴿ الزنا واللاواط ، لأنها مبنية على التخفيف ﴾ لغنائها عنها ، ولذا درئت بالشبهة التي يكفي فيها احتمال أن للغائب حجة تفسد الحجة التي

(١) و (٤) الوسائل - الباب - ٢٦ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ - ٢ .

(٢) سنن البيهقي ج ١٠ ص ١٤١ .

(٣) كنز العمال - ج ٥ ص ٥٠٧ - الطبع الحديث .

قامت عليه بها بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل نسبه غير واحد إلى فتوى الأصحاب .

﴿ و ﴾ حيثل ف ﴿ لو اشتمل الحكم ﴾ المدعى به ﴿ على الحقين ﴾ المعينين ﴿ قضى بما يخص الناس ﴾ دون حق الله ، وذلك ﴿ كالسرقة ﴾ تقوم بها البينة على الغائب ف ﴿ يقضى ﴾ بها بالغرم ﴿ دون القطع ﴾ لما عرفت . ولكن في المتن ﴿ وفي القضاء بالقطع تردد ﴾ لأنها معلولا علة واحدة ، فلا وجه لتبعض مقتضاها ، ولم نجده لغيره ، بل هو منافٍ لجزمه السابق إن كان المراد من إطلاقه ما يشمل المقام .

بل في المسالك « أن باقي الأصحاب قطعوا بالفرق وانتفاء القطع نظراً إلى وجود المانع من الحكم في أحدهما دون الآخر ، وتختلف أحد المعلولين لمانع واقع كثيراً ، ومنه في هذا المثال لو أقر بالسرقة مرة ، فانه يثبت عليه المال دون القطع ، ولو كان المقر مجحوداً عليه في المال ثبت الحكم في القطع دون المال ، والأصل فيه أن هذه ليست عللاً حقيقية ، وإنما هي معرفات الأحكام » .

وربما نوقش بأنها وإن كانت معرفات إلا أنها يجري عليها حكم العلل التامة ، وعلى ذلك مبنى حجية منصوص العلة ، والتخلف في المثال المزبور باعتبار حصول العلة الشرعية في ثبوت أحدهما دون الآخر المفروض فيه اعتبار الحضور مع البينة وتعدد الاقرار ، كما أنه علة تامة في المال الموجود مع صدوره من غير المحجور عليه فيه .

وبالجملة لا فرق بين العلل الشرعية والعقلية بالنسبة إلى ذلك ، والاختلاف هنا لاختلاف العلل ، وهو جيد إن كان مرجعه إلى ما ذكرناه من درء الحد بالشبهة المتحققة في المقام . ومن هنا يتجه الاقتصار على

عدم القضاء به خاصة ، أما الفسق ونحوه فهو ثابت وإن لم يكن من المال ، وإلا فلا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة عدم دليل بالخصوص في اعتبار الحضور في القضاء غير حقوق الناس في الغائب ، خصوصاً بعد استدلال غير واحد منهم بالعموم الصالح لشمول الفرض ، فليس حينئذ إلا ما ذكرناه ، فتأمل جيداً .

المسألة الثالثة :

﴿ لو كان صاحب الحق غائباً ﴾ وله وكيل ﴿ فطالب الوكيل ﴾ الغريم بما عليه ﴿ فادعى الغريم التسليم إلى الموكل ولا بينة ﴾ له ﴿ ففي الالتزام ﴾ له بالتسليم ﴿ تردد بين الوقوف في الحكم ، لاحتمال الأداء ، وبين الحكم وإلغاء دعواه ، لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء ، و﴿ لا ريب في أن ﴾ الأول ﴿ أي الالتزام بذلك ﴾ أشبه ﴿ بأصول المذهب وقواعده التي منها عدم دفع الحق المقطوع به شرعاً بالاحتمال ، والتضرر مع أنه معارض باحتمال مثله أيضاً لا يلتفت إليه بعد أن كان هو مقتضى ظاهر الشرع ، نعم قد يقال بلزوم التكفيل لو طلبه الدافع ، ضرورة مساواته لما في الخبرين (١) من التكفيل على المدعى على الغائب بعد إقامة البينة أو أولويته منه جمعاً بين الحقين ورفعاً للنزاع من البين ومصلحة للجانبين ، وحينئذ فإذا حضر الموكل أو أقيمت عليه البينة أو نكل عن اليمين استعيد المال وإلا فلا ، كما هو واضح .

(١) الوسائل - الباب - ٢٦ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

﴿ المقصد الرابع ﴾

﴿ في كيفية الاستحلاف ، والبحث في أمور ثلاثة ﴾ :

﴿ الأول في اليمين ﴾

﴿ ولا خلاف في أنه ﴾ لا يستحلف أحد ﴾ لا يجاب حق أو إسقاطه ﴿ إلا بالله ﴾ تعالى شأنه ﴿ ولو كان كافراً ﴾ بانكار أصل واجب الوجود نعوذ بالله فضلاً عن غيره ، بلا خلاف أجده في ذلك نصاً وفتوى . قال في محكي المبسوط : « وإن كان وثنيّاً معطلاً أو كان ملحدّاً يمجّد الوحدانية لم يغلف عليه ، وعندني أن الوثني والملحد يستحلف بالذي يعبدّه ويعتقد أنه الخالق والرازق أو أنه الرازق ، اعتقد وحدته أو تعدده أو باحدى العبارتين ، وإن قيل له إن الله هو الخالق الرازق واستحلف بالله ثانياً كان أولى ، واقتصر على قوله : والله ، فإن قيل كيف حلفته بالله وليست عنده يمين قلنا : ليزداد إثماً ويستوجب العقوبة » انتهى .

وقال الصادق (عليه السلام) في صحيح سليمان بن خالد (١) وحسن الحلبي (٢) : « أهل الملل من اليهود والنصارى والمجوس لا يحلفون إلا بالله » وخبر سماعة (٣) « سأله هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من

(١) ليس لسليمان بن خالد في المقام خبر غير ما سرياني نقله آنفاً .

(٢) الوسائل - الباب - ٣٢ - من كتاب الإيمان - الحديث ٢ واللفظ مصطاد من صحيحة

سليمان بن خالد الآتي وحسن الحلبي .

(٣) الوسائل - الباب - ٣٢ - من كتاب الإيمان الحديث .

اليهود والنصارى والمجوس بألنتهم ؟ قال : لا يصلح لأحد أن يخلف إلا بالله تعالى ، وقوله (عليه السلام) في صحيح سليمان بن خالد (١) « لا تخلفوا اليهودي ولا النصراني ولا المجوسي بغير الله ، إن الله عز وجل يقول : فاحكم بينهم بما أنزل الله » (٢) وفي خبر الجراح المدائني (٣) « اليهودي والنصراني والمجوسي لا تخلفوهم إلا بالله عز وجل » .

بل مقتضى الإطلاق ذلك وإن تراضى الخصمان على الحلف بغيره ، نعم ظاهر النص والفتوى عدم اعتبار إضافة شيء من صفات الذات أو الأفعال إلى الاسم في ترتب الأثر .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ قيل ﴾ والقاتل الشيخ في المحكي من مبسوطه : ﴿ لا يقتصر في المجوس على لفظ الجلالة ، بل يضم إلى هذه اللفظة الشريفة ما يزيل ﴾ هذا ﴿ الاحتمال ﴾ كخالق الظلمة والنور كما في الدروس وكل شيء ، كما في اللمعة ﴿ لأنه سمي النور إلهاً ﴾ فيحتمل إرادته من المعرف ، فلا يكون حالفاً بالله تعالى شأنه ، وعن فخر المحققين الميل إليه ، لتوقف الجزم بالحلف منه على ذلك ، بل هو ظاهر الشهيد في الدروس أو صريحه وكذا اللمعة ، وهو مناف لما عرفت من الإطلاق المزبور ، واحتمال عدم قصده ذلك بسل العلم به بعد أن كان الواجب عليه شرعاً ذلك لا يقدح ، لأن المدار في ثبوت الأثر دنيماً وآخرة على نية الملتف لا الحالف ، فلا يجدي قصده المزبور بعد أن يذكر له أن المراد منه شرعاً الحلف بالله تعالى واجب الوجود ، على أن الإضافة المزبورة لا يقتضي قصده ذلك ، لأنه لا يعتقد كونها مخلوقين له فلا إله عنده كذلك ، وكذا خالقي كل شيء .

(١) و (٣١) الوسائل - الباب - ٣٢ - من كتاب الأيمان - الحديث ١ - ٢ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ٤٨

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لا يجوز الاحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزلة والرسل المعظمة والأماكن المشرفة ﴾ ونحوها فضلاً عن غيرها بلاخلاف أجده للنصوص المزبورة (١) والنبوي (٢) ولا تحلفوا إلا بالله ، وصحيح ابن مسلم (٣) « قلت لأبي جعفر (عليه السلام) : قول الله : والليل إذا يغشى والنجم إذا هوى وما أشبه ذلك ، فقال : إن الله عز وجل أن يقسم من خلقه بما شاء ، وليس لخلقه أن يقسموا إلا به ، ونحوه قول الصادق (عليه السلام) في صحيح الحلبي (٤) : « لا أرى أن يحلف الرجل إلا بالله » بل عن النبي (صلى الله عليه وآله) (٥) « من حلف بغير الله فقد أشرك » وفي آخر (٦) « فقد كفر » . بل ظاهر العبارة وغيرها ترتب الاثم بذلك زيادةً على عدم انقطاع الدعوى ، بل كاد يكون صريح الدروس والروضة ، حيث قالوا : « وفي تحريمه في غير الدعوى نظر ، من الخبر والحمل على الكراهة ، أما بالطلاق والعناق والبرائة فحرام قطعاً » .

وحيث فلا يجوز حتى مع التراضي به وإن أدرجاه في عقد شرعي كالصلح ونحوه على معنى صلح المدعي عن حلف المنكر مثلاً بالقسم بغير الله باسقاط الدعوى ، ضرورة كونه في مقام الدعوى ، كالصلح عنه بالحلف بالطلاق الذي هو محرم في نفسه في غير الدعوى . وفي التحرير « لا يجوز الاحلاف بشيء من ذلك ، لأنه بدعة ، وكذا لا يجوز بالقرآن ولا بالبرائة من الله تعالى ولا من رسوله (ص) ولا

(١) الوسائل - الباب - ٣٢ - من كتاب الأيمان .

(٢) المستدرک - الباب - ٢٤ - من كتاب الأيمان - الحديث ٦ وسنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٩ .

(٣) و (٤) الوسائل - الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان - الحديث ٣ - ٤ .

(٥) و (٦) المستدرک - الباب - ٢٤ - من كتاب الأيمان - الحديث ٢ وسنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٩ .

من أحد من الأئمة (عليهم السلام) ولا من الكتب المنزلة ، ولا يجوز الحلف بالكفر ولا بالعتق ولا بالطلاق .
 لكن في المسالك والمراد بعدم الجواز هنا بالنظر إلى الاعتداد به في إثبات الحق ، أما جواز الحلف في نفسه بمعنى عدم الاثم به ففيه وجهان من إطلاق الأخبار النهي عنه مقتضى التحريم ، ومن إمكان حمله على الكراهة ، وتبعه في الكفاية ، بل ظاهره كون الوجهين في الاثم به في الدعوى وإن لم يترتب عليه أثر ، وهو غير ماسمعة من الدروس والروضة من كونها في الحلف بغير الله تعالى في غير الدعوى الشامل للتأكيد في الاخبار عن شيء فضلاً عن غيره وإن كان الانصاف عدم وجه معتد به للتردد في ذلك ، خصوصاً بعد السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار من العلماء والعوام من القسم بغير الله في نحو ذلك ، بل قوله تعالى « جهد أيمانهم » (١) مشعر بوجود أيمان بغيره تعالى ، بل يخطر في بالي وجود القسم في النصوص (٢) بغير الله تعالى شأنه .

وفي محكي المبسوط أن الحلف بغيره تعالى مكروه ، وعن أبي علي لا بأس أن يحلف الانسان بما عظم الله من الحقوق ، لأن ذلك من حقوق الله عز وجل كقوله : « وحق رسول الله » « وحق القرآن » ثم ذكر نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن الحلف بغير الله وبالأباء (٣) واحتمل أن يكون ذلك لاشراك آبائهم .

﴿ و ﴾ على كل حال ففي المتن وغيره ﴿ لو رأى الحاكم ﴾ أن ﴿ إحناف الذمي بما يقتضيه دينه أودع جاز ﴾ نعم في اللمعة والروضة إلا أن يشتمل على محرم ، كما لو اشتمل الحلف على الأب والابن تعالى الله

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ٥٣ .

(٢) الوسائل - الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان - الحديث ٦ و ٧ .

(٣) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ٢٨ و ٢٩ .

ج ٤٠ (استحباب تقديم الحاكم العظيمة على اليمين والتخويف من عاقبتها) - ٢٢٩ -

عن ذلك ، ولعله لخبر السكوني (١) « أن أمير المؤمنين (عليه السلام) استحلف يهودياً بالتوراة التي أنزلت على موسى (عليه السلام) ، ولكن مع ضعفه واحتمال اختصاص ذلك بالامام (عليه السلام) كما عن الشيخ في التهذيب أو بواقعة خاصة ، أو الحلف بمن أنزلها عليه أو اللفظ بذلك مع الحلف بالله لا تصلح معارضة (٢) للنصوص السابقة في ذلك ، فضلاً عن التعدية من مضمونها إلى غيره ، على أنها لو صلحت لاثبات ذلك لم يختص بها إذا رآه الحاكم ، بل لو اقترحه المدعي اجيب إليه .
وأما صحيح ابن مسلم (٣) عن أحدهما (عليهما السلام) قال : « سأله عن الأحكام ، فقال : في كل دين ما يستحلفون به » وعن بعض النسخ « ما يستحلون به » وعلى التقديرين فهو مجرد إخبار عن شرائعهم ، لا أن المراد منه جواز الحلف بغير الله كي ينافي النصوص السابقة ، وكذا خبر محمد بن قيس (٤) قال : « سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول : قضى علي (عليه السلام) في من استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه وملته » بناءً على اختصاصه بالامام (عليه السلام) إذا علم أن ذلك أردع لهم كما عن الشيخ ، بل ربما احتل كون المجوررين في « كتابه » و « ملته » راجعين إلى من استحلف ، فتوافق الأخبار السابقة .
﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ يستحب للحاكم تقديم العظة على اليمين والتخويف من عاقبتها ﴾ بذكر ما ورد من ذلك له من الترغيب في الترك والتخويف من الفعل ، وأنها إذا وقعت كاذبة تدع الديار بلاقع (٥) وأنه مبارز لله تعالى (٦) ويخشى عليه من انقطاع النسل والفقر في عقبه (٧)

(١) د (٣) و (٤) الوسائل - الباب - ٣٢ - من كتاب الإيمان - الحديث ٤ - ٧ - ٨ .

(٢) هكذا في النسخة الأصلية ، والصحيح « لا يصلح معارضة » وكذلك الضائر التي تليه

فإنها ترجع إلى خبر السكوني .

(٥) و (٦) الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الإيمان - الحديث ١٢ - ٤ .

(٧) الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الإيمان - الحديث ١ و ٧ .

بل في بعض النصوص (١) أن الحالف بالله صادقاً آثم إلى غير ذلك مما ورد (٢) من التوعد على وقوعها كاذباً والترغيب في تركها تعظيماً (٣) لله ، كما روي (٤) ، أن حضرمياً ادعى على كندى في أرض من اليمن أنه اغتصبها أبو الكندي فتهاى الكندي لليمن ، فقال (صلى الله عليه وآله) : لا يقطع أحداً مالاً يمين إلا لى الله أجلم ، فقال الكندي : هي أرضه . ﴿ ويكفى أن يقول : والله ما له قبلى حق ﴾ لا طلاق الأدلة ﴿ و ﴾ إن كان ﴿ قد يفلظ اليمن بالقول والزمان والمكان لكن ذلك غير لازم ولو التمس المدعى ، بل هو مستحب ﴾ لخصوص الحاكم ﴿ استظهاراً في الحكم ﴾ خلافاً لأبي حنيفة ، فلا يرى بالمكان تغليظاً ، وللشافعي فيه شرطاً ، ولا يغلظ على المخدرة بحضور الجامع ونحوه ، وفاقاً لهكي النهاية والتحرير ، خلافاً لما عن المبسوط من أنها كالبرزة ، ثم البرزة إن كانت طاهرة حضرت المسجد وإلا فعلى بابه .

وكيف كان فلا ينافي ذلك ما مستمع من عدم وجوب ذلك على المدعى عليه ، بل ربما قيل برجحان اختياره لليمن المخففة ، وما عن بعض العامة من استحبابه للحالف واضح الضعف ، كوضوح ما عن آخر منهم من وجوب التغليظ إذا التمس المدعى ، نعم قد يقال : إنه لا فائدة في رجحانه للحاكم بعد فرض عدم وجوب التزام الحالف به ، ويدفعه أن ذلك لا ينافي استحبابه له ، على أنه قد يعتبر به ، بل ربما كان له طريق إلى إلزامه ببعض أفراد التغليظ ، كما ستعرفه .

(١) الوسائل - الباب - ١ - من كتاب الإيمان - الحديث ٦ .

(٢) الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الإيمان .

(٣) الوسائل - الباب - ١ و ٣ - من كتاب الإيمان .

(٤) سنن البيهقي ج ١٠ ص ١٨٠ .

وكيف كان ﴿ بالتغليظ بالقول مثل أن يقول : والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانية ما لهذا المدعي عليّ شيء مما ادعاه ﴾ .

﴿ ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم ﴾ بحسب الأشخاص ،

وستسمع ما كتبه أمير المؤمنين (عليه السلام) في يمين الأخرس (١) وعنه (عليه السلام) (٢) « أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه بريء من حول الله وقوته ، فإنه إذا حلف فيها كاذباً عوجل ، وإذا حلف بالله الذي لا إله إلا هو لم يعاجل ، لأنه وحده الله سبحانه وتعالى » .

﴿ وبالمكان كالمسجد والحرم وما شاكلة من الأماكن المعظمة ﴾

والحضرات المشرفة وغيرها ، وخصوصاً منبر النبي (صلى الله عليه وآله) فعنه (ص) (٣) « من حلف على منبري هذا يميناً كاذبةً تبوأ مقعده من النار » وفي آخر (٤) « لا يحلف أحد عند منبري هذا على يمين آثمة ولو على مسواك أخضر إلا تبوأ مقعده من النار أو وجبت له النار » وعنه (صلى الله عليه وآله) أيضاً (٥) « من حلف على منبري هذا يميناً كاذبةً استحل بها مال امرئ مسلم فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » .

﴿ وبالزمان كيوم الجمعة والعيد ﴾ وشهر رمضان ﴿ وغيرها من الأوقات المكرمة ﴾ المشار إليها بقوله تعالى (٦) : « نجسونها من

(١) الوسائل - الباب - ٣٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٣٣ - من كتاب الإيمان - الحديث ٢ .

(٣) و (٤) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٧٦ .

(٥) مجمع الزوائد : ج ٣ ص ٣٠٧ .

(٦) سورة المائدة : ٥ - الآية ١٠٦ .

بعد الصلاة، المفسر بما بعد صلاة العصر، وعنه (صلى الله عليه وآله) (١) و ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب أليم : رجل تابع إمامه فان أعطاه وفي له به ، وإن لم يعطه خانه ، ورجل حلف بعد العصر يميناً فاجرة ليقطع بها مال امرئ مسلم »

ويغفل على الكافر بالأماكن التي يعتقد شرفها والأزمان التي يرى حرمتها كالبيع والكنائس، لما سمعه من خبر الحسين بن علوان (٢) المؤيد بالاعتبار المشتمل على بيوت النار التي ربما احتل عدم التغليظ فيها لعدم حرمتها عند الله ، بخلاف البيع والكنائس ، ولكن فيه أن العبرة، ارتداد الحالف بما يعتقد معظماً ، نعم ربما قيل : إنهم إنما يعظمون النار لا بيوتها ، إلا أن الظاهر خلافه ، ولعل من ذلك بيوت الأصنام الوثني ، لكن قيل : إنهم لم يعتبروها .

وكذا يغفل عليه بالأقوال التي يرى حرمتها كالكلمات العشر، وقد روي (٣) أنه (صلى الله عليه وآله) حلف يهودياً بقوله : والله الذي أنزل التوراة على موسى ، وفي آخر (٤) أنه (صلى الله عليه وآله) قال لابن صوريا : أنشدك الله الذي لا إله إلا هو الذي فلق البحر لموسى ورفع فوقكم الطور وأنجاكم وأغرق آل فرعون وأنزل عليكم كتابه وحلاله وحرامه هل في التوراة الرجم على من أحصن ؟ - وفي آخر (٥) أنشدكم بالله الذي أنجاكم من آل فرعون وأقطعكم البحر وظلل

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ١٧٧ مع اختلاف يسير .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٩ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ .

(٣) و (٥) سنن أبي داود - ج ٢ ص ٢٨١ - ط ع ١٣٧١ .

(٤) مجمع البيان ذيل الآية ٤١ من سورة المائدة .

عليكم الغمام وأنزل عليكم المنّ والساوى أتجدون في كتابكم الرجم ؟ -
فقال ابن صوريا : ذكررتني بعظيم لا يسعني أن أكذبك ، إلى غير ذلك
من أحوال التغليظ التي يراها الحاكم .

﴿ ويستحب ﴾ للحاكم ﴿ التغليظ في الحقوق كلها وإن قلت ﴾
استظهاراً ﴿ عدا المال فانه لا يفاظ فيه بما دون نصاب القطع ﴾ على
المشهور ، كما في المسالك ، بل في الرياض نفي الخلاف فيه ، بل في
كشف اللثام نسبته إلى قطع الأصحاب ، وأن في الخلاف الإجماع عليه ،
وفي المبسوط أنه الذي رواه أصحابنا، لكن في الأول « ذكروا أنه مروي
وما وقفت على مستنده ، وللهامة اختلاف في تحديده بذلك أو بنصاب
الزكاة وهو عشرون ديناراً أو مائتا درهم ، وليس للجميع مرجع واضح » .
قلت : امله - مضافاً إلى ما سمعت - المرسل أو الصحيح عن زرارة
وعمد بن مسلم (١) عنها (ع) جميعاً « لا يحلف أحد عند قبر النبي (صلى
الله عليه وآله) على أقل مما يجب فيه القطع ، بناءً على قراءته بالتشديد
وإرادة مطلق التغليظ من الحلف عند قبر النبي (صلى الله عليه وآله)
نعم لم نقف على عموم يقتضى استحبابه كذلك على كل أحد ، وإنما الذي
وقفنا عليه التغليظ في واقعة الأخرس (٢) وفي يمين الاستظهار (٣)
وخبر الحسين بن علوان (٤) المروي عن قرب الاسناد عن جعفر عن
أبيه (عليها السلام) « أن علياً (عليه السلام) كان يستحلف اليهود
والنصارى في بيعهم وكنائسهم والمجوس في بيوت نيرانهم ، ويقول :

(١) و (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ - ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ٣٣ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٣) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

شددوا عليهم احتياطاً للمسلمين ، وما عساه يظهر من فحوى المرسل أو الصحيح المزبور .

﴿ فرعان : ﴾

﴿ الاول : ﴾

﴿ لو امتنع عن الاجابة إلى التغليظ لم يجبر ، ولم يتحقق بامتناعه النكول ﴾ بلا خلاف أجده فيه إلا عند من ستعرف ، للأصل بعد إطلاق ما دل على كون الواجب الحلف بالله من قوله (عليه السلام) (١) : « من حلف بالله فليصدق ، ومن حلف له بالله فليرض ، ومن لم يرض فليس من الله » وغيره .

خلافاً للمحكي عن بعض العامة من وجوب الاجابة عليه ، وتحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه ، ولعل وجهه أنه لا فائدة في استحبابه للحاكم مع فرض عدم وجوبه على المدعى عليه ، مضافاً إلى استمرار السيرة على توجيه اليمين مغلفةً على المنكر مثلاً مع عدم إخباره بعدم وجوبه عليه وإجراء حكم النكول عليه مع احتمال كونه لتغليظه لأصله ، إلا أن ذلك كله كما ترى .

وعن آخر منهم تخصيصه بالتغليظ الزماني والمكاني دون القول الذي هو من جنس المأثني به ، فلم يكن تركه مخالفاً للحاكم بخلاف الآخرين ، وفيه أنه يمكن أن يكون الأمر بالعكس ، ضرورة تعدد أفراد اليمين ، فقي وجه الحاكم أحدها جرى حكم النكول وغيره عليها ، ولذا حكم على الآخرس

(١) الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب الإيمان - الحديث ٣ .

بالامتناع من شربها وقد كانت مغالطة ، وقد تقدم الخبر (١) المتضمن ليمين الاستظهار مغالطة وأنه إن لم يحلف كذلك لا حق له ، بخلاف اقتراح الزمان والمكان ، اللهم إلا أن يكون من جهة جواز تأخير المدعي دعواه مثلاً إلى الزمان المراد به ، وكذا المكان المزبور لو فرض اتفاق وجود المدعي عليه فيه ، أو استعدى الحاكم فيه وهو غير ما نحن فيه ، كما هو واضح .

لكن في كشف اللثام الموافقة على ذلك ، فلم يجوز الجبر في التغليظ القولي . قال : « أما بالزمان والمكان فيجبر عليهما ، فان اليمين حق للمدعي لا يحلف إلا إذا حلفه ، والمستحلف إنما هو الحاكم ، فأبنا يحلفه وجب عليه الحلف » .

قال في المبسوط : « ولا يجلب إلى مكة أو المدينة ليستحلف ، بل يستحلفه الحاكم في الموضع الشريف في مكانه ، فان امتنع بجند أو بعز استحضره الامام ليستحلفه في المكان الأشرف ، اللهم إلا أن يكون بالقرب من موضعه - وقيل : بلد الامام - قاض يقدر عليه فيستحضره ذلك القاضي ، ويستحلفه في المكان الشريف » .

قلت : ولكن لا ينبغي عاينك أن هذا ونحوه ايس جبراً على التغليظ المفروض عدم وجوبه عليه من حيث كونه كذلك ، إلا أن الأمر سهل بعد وضوح المراد .

ولو ادعى العبد - وقيمته أقل من نصاب القطع - العتق فأنكر مولاه لم يغلظ ، ولو رد فحلف العبد غلظ عليه ، لأن العتق ليس بمال ، ولا المقصود منه المال .

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كفية الحكم - الحديث ١ .

الفرع الثاني :

﴿ لو حلف ﴾ أن ﴿ لا يجيب ﴾ إلى التخليط فالتمسه خصمه لم تنحل بيمينه ﴿ لأنه مرجوح من طرفه وإن استحب للحاكم ، ضرورة عدم التلازم بينهما ، فينقذ حيثنذ على تركه ، ولا دليل على جواز حله منه أو من الحاكم ، وحق المستحلف متأخر عن لزوم اليمين ، وما ورد (١) من أن طرو أولوية المحلوف على تركه تبيح الحل لا تجدي ، إذ لا أولوية للحالف وإن التمس الخصم أي طلبه منه .

هذا ولكن في الدروس « ولو حلف على عدمه في انعقاد يمينه نظر ، من اشتغالها على ترك المستحب ، ومن توهم اختصاص الاستحباب بالحاكم : وفيه أنه لا خلاف أجده في اختصاص الاستحباب به ، بل في الرياض نسبه إلى ظاهر النص والفتوى بخلاف من عليه الحلف ، فإن الأرجح له ترك التخليط ، بل الأرجح له ترك الحلف بالله ، كما في الخبر (٢) قال : « حدثني أبو جعفر (عليه السلام) أن أباه كانت عنده امرأة من الخوارج - إلى أن قال - : قضى لأبي أنه طلقها فادعت عليه صداقها فجاءت به إلى أمير المدينة تدعيه ، فقال أمير المدينة : يا علي إما أن تحلف وإما أن تعطيه ، فقال : يا بني اعطها أربعمائة دينار ، فقلت له : بأبى جعلت فداك أليست محقاً ؟ قال : بلى ولكني أجلت الله أن أحلف بيمين صبر » : وخصوصاً إذا كان المدعى به ثلاثين درهماً ، للخبر (٣) أيضاً ، وإذا ادعى عليك مال ولم يكن له عليك بينة فأراد أن يحلفك فإن بلغ مقدار

(١) الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب الإيمان .

(٢) الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الإيمان - الحديث ١ .

(٣) الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الإيمان - الحديث ١ .

ثلاثين درهماً فاعطه ولا تحلف ، وإن كان أكثر من ذلك فاحلف ولا تعطه .
ومن هنا قال في كشف اللثام معرضاً بما سمعته من الدروس :
« واحتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ في غاية الضعف » .
نعم لا تنعقد يمينه مع فرض وجوب الاجابة إليه فيما ذكرناه من
الصورة السابقة وهي ما لو أخر المدعي دعواه إلى الزمان أو المكان
الشرعيين فطلبه وطلبه الحاكم ، وفي كشف اللثام هنا « أما التغليظ القولي
فقد عرفت أنه لا يجبر عليه بلا يمين فمعها أولى ، وأما الزماني والمكاني
فالظاهر أنه ليس للحالف ولا الحاكم التأخر لهما إذا طالب المدعي ، إذ
ربما يضيع الحق » ولعله يريد ما ذكرنا وإلا فقد عرفت فيما مضى خروجه
عن مفروض المسألة فتأمل .

هذا ولكن الانصاف عدم خلو المسألة بعدد من إشكال ، ضرورة
إمكان منع الكراهة في اليمين بالله بعد وجوبها عليه للمدعي ، وخصوصاً
في نحو دعوى قصاص الاطراف ، بل وكذا المغلظة منها بعد أمر الحاكم
بها كذلك للاستظهار بالمأمور به استحباباً الذي يحصل بوقوعه من الحالف
أو عدمه ، بل لا يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه يأمر به
من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف وإن كان مخالفاً للحاكم
الذي لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه في حقه ، كما هو مقتضى القول
المزبور ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فالمشهور أن ﴿ حلف الأخرس بالإشارة ﴾
المفهمة كغيره من انشائه عقداً أو إيقاعاً وإقراراً ، بل قد عرفت الاجتزاء
بها في تكبيره وتبليته وغير ذلك مما تقدم البحث فيه في العبادات
وغيرها (١) بل قد تقدم هناك تحرير موضوعه .

(١) راجع ج ٩ ص ٣١٥ - ٣١٩ وج ٣٢ ص ٦٠ - ٦١ .

﴿ و ﴾ ذكر المصنف هنا أنه ﴿ قبل ﴾ : حلفه بخصوص ﴿ وضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسمه سبحانه ويضع يده عليه ﴾ إن لم يوجد المصحف .

﴿ وقبل : يكتب ﴾ صورة ﴿ اليمين في لوح ﴾ مثلاً ﴿ ويضلل ويؤمر بشربه بعد إعلامه ، فإن شره كان حالفاً ، وإن امتنع ألزم الحق استناداً إلى حكم علي (عليه السلام) في واقعة الأخرس ﴿ المشهورة المروية في صحيح محمد بن مسلم (١) قال : « سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين فأنكر ؟ فقال : إن أمير المؤمنين (عليه السلام) أتني بأخرس فادعى عليه فأنكر ولم يكن للمدعي بينة ، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام) : الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بلغت الأمة جميع ما تحتاج إليه ، ثم قال : اثبتوني بمصحف فأتي به ، فقال للأخرس : ما هذا فرفع رأسه إلى السماء وأشار إلى أنه كذب الله تعالى ، ثم قال : اثبتوني بوليّه ، فأني له بأخ فأقعده إلى جنبه ، ثم قال : يا قنبر عليّ بدواة وصحيفة ، فأتاه بها ، ثم قال لأخ الأخرس : قل لأخيك : هذا بينك وبينه أنه عليّ ، فتقدم إليه بذلك ، ثم كتب أمير المؤمنين (عليه السلام) والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذي يعلم السر والعلانية أن فلان بن فلان المدعي ليس له قبل فلان بن فلان أعني الأخرس حق ولا طلبة بوجه من الوجوه ولا سبب من الأسباب ، ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه ، فامتنع فألزمه الدين » . لكن لم أعرف القولين لأحد من أصحابنا وإن نسب الأول إلى النهاية ، ولكن الموجود فيها « وإذا أراد الحاكم أن يحلف الأخرس حلقه

(١) الوسائل - الباب - ٣٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

بالإشارة والإيحاء إلى أسماء الله تعالى وبوضع يده على اسم الله في المصحف، ويعرف بيمينه على الإنكار كما يعرف لإقراره وإنكاره ، وإن لم يحضر المصحف وكتب اسم الله ووضع يده عليه جاز ، وينبغي أن يحضر معه من له عادة بفهم أغراضه وإيماؤه وإشارته ، وقد روي أنه يكتب ، إلى آخره، وهو كالصريح في عدم اختصاص ذلك وأن المدار على الإشارة التي أحد أفرادها ذلك .

والثاني إلى ابن حمزة ، لكن الموجد في وسيلته « والأخرس يتوصل الحاكم إلى معرفة إقراره وإنكاره وإلى تعريفه حكم الحادثة بالإشارة ، وأحضر مجلس الحكم من يفهم أغراضه وأمكنه إفهامه ، وإذا أراد تخليفه إذا توجه عليه وضع يده على المصحف وعرفه حكمها وحلقه بالإيحاء إلى أسماء الله تعالى ، وإن كتب اليمين على لوح ثم غسلها وجمع الماء في شيء وأمره بشربه جاز ، فإن شرب فقد حلف ، وإن أبى أزمه الحق .

وهي أيضاً صريحة في عدم تعيين ذلك . ومن هنا حكي عن المقتداف نفي البعد عنه ، قال : « فإن الإشارة لا تنافي ، بل هذا أحد جزئياتها . لكن لا يخفى عليك أن ظاهر العبارة يقتضي اعتبار الخصوصية المزبورة ، واحتمال كون المراد منها الجواز بعيد، إلا أنه عليه يكون المشهور عدم جوازه بذلك ، لكونه ليس من أفراد الإشارة ، وتحمل الصحيحة حينئذ على قضية في واقعة كما في التحرير أو على كون ذلك بطريق التغليف أو على أخرس لم يكن له إشارة مفهومة . كما عن السرائر وإن كان ينافية رفع رأسه إلى السماء أو غير ذلك مما لا يقتضي الخروج عن قاعدة الأخرس الذي إشارته نطقه المعتصدة بعمل الأكثر هنا ، بل عامة من تأخر حتى الفاضل المقتداف الذي قد عرفت بناء جواز ذلك على زعمه أنه أحد أفراد الإشارة ، ولكن مع ذلك كله فالأحوط الجمع بينهما مع رضا الأخرس وإلا فالإشارة.

ولا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضائه ﴿ بلا خلاف أجدّه فيه ، كما اعترف به في الرياض ، بل فيه ظاهراً لاجتماع ، كما يستفاد من كثير ، منهم المقدس الأردبيلي والخراساني ، ولعله لأصالة عدم انقطاع الدعوى بغيره بعد الشك أو الظن بعدم تناول الإطلاق الوارد في تعليم ميزان القضاء للحكام لغير الفرض ولو للاتفاق المزبور ، بل يمكن دعوى انسياق ذلك منه خصوصاً النصوص المستفيضة (١) المشتملة على الشكوى من نبي من الأنبياء إلى الله تعالى من القضاء بما لم تر العين ولم تسمع الاذن ، فقال : « اقض بينهم بالبينات وأضفهم إلى اسمي يحلفون به » الظاهرة في مباشرة ذلك بنفسه ، فلا تصح الاستنابة فيه حينئذ .

نعم ذكر غير واحد من الأصحاب - بل نفي بعضهم الخلاف فيه أيضاً - أن ذلك كذلك ﴿ إلا مع العذر كالمريض المانع ﴾ من الحضور وشبهه ، فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلفه في منزله ، وكذا المرأة التي لا عادة لها بالبروز إلى مجمع الرجال أو الممنوعة بأحد الأعداء ﴿ كحيض ونحوه مما يمنع دخول المسجد لو جلس فيه القاضي أو المانع لها من أصل الخروج . وبالجمله متى كان المانع عذراً شرعياً ولو العسر والخرج المانعان من التكليف جازت الاستنابة وإن تمكن الحاكم من الوصول بلا نقص ومشقة عليه .

لكن الانصاف صعوبة استنباط ذلك من الأدلة بعد فرض عدم سوقها لبيان ذلك أو فرض كون المنساق منها الأول ، فلا إطلاق حينئذ يوثق به ، فليس حينئذ إلا الأصل المقتضي لما عرفت ، ولعله لذا حكي عن بعضهم وجوب مضي الحاكم مع فرض عدم النقص عليه ، إلا أنه كما ترى منافي للأصل المعتضد بالمعلوم من الشرع خلافه .

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب كيفية الحكم .

نعم لا بأس بالقول بوقوف الدعوى حتى يرتفع العذر نحو ما سمعته في الغالب وغيره ممن يتوجه عليه اليمين ولكنه غير حاضر ، فان إيقاف الدعوى لعدم حصول شرط ميزان القضاء غير عزيز ، اللهم إلا أن يكون هناك إجماع يقطع العذر ، والله العالم .

﴿ البحث الثاني في يمين المنكر والمدعي ﴾

لا إشكال ولا خلاف في كون الأصل في ﴿ اليمين ﴾ أن ﴿ تتوجه على المنكر تعويلاً على الخبر ﴾ بل الأخبار (١) الدالة على ذلك وعلى الإجماع بقسميه عليه ﴿ و ﴾ لا ينافي ذلك توجه اليمين ﴿ على المدعي مع الرد ﴾ للنصوص (٢) السابقة أو النكول على الأصح ﴿ ومع الشاهد الواحد ﴾ وإذا كان أميناً ﴿ و ﴾ نحو ذلك ، بل ﴿ قد تتوجه مع اللوث في دعوى الدم ﴾ كما تسمعه إنشاء الله ، ضرورة كون الجميع للأدلة المخرجة عن الأصل المزبور الذي هو بمعنى القاعدة الشرعية المستفادة مما عرفت .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ سلا يمين للمنكر مع بيينة المدعي ﴾ التي هي حجة شرعاً من دون ضم يمين المدعي معها ﴿ لانتفاء التهمة عنها ﴾ وما في بعض النصوص (٣) من تحليفه معها استظهاراً قد عرفت البحث فيه سابقاً ﴿ و ﴾ أنه مذهب بعض العامة .
نعم ﴿ مع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية ، فهو أولى

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم .

(٣) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

باليمين ﴿ على نفي الدعوى من المدعي على إثباتها إلا إذا ردت ﴾ .
 ﴿ ومع توجيهها ﴾ عليه أو على المدعي ﴿ يلزم الحلف على القطع ﴾ والبت ﴿ مطرداً ﴾ وإن كان مستنده أمانة شرعية من يد ونحوها ، لأنه المنساق من النصوص الموجبة له ، بل كاد يكون صريح خبري الآخرس (١) وابن أبي يعفور (٢) والصحيح المشتمل على يمين الاستظهار (٣) وغير ذلك .

نعم قال غير واحد من أصحابنا : ﴿ إلا على نفي فعل الغير ، فإنها على نفي العلم ﴾ به بخلاف إثباته أو نفي فعل نفسه أو إثباته لتعسر العلم بالنفي في الأول غالباً ، ولو فرض جاز له الحلف على البت وعلى نفي العلم ، ومرجعه إلى اعتبار الجزم في المحلوف عليه دائماً بعد فرض عدم توجه اليمين على المدعى عليه إلا مع دعوى العلم به عليه ، وحينئذ فيمينه على نفيه على البت باعتبار تعلقه في أمر يرجع إلى نفسه ، ولعله لذا في القواعد بعد ما ذكر الاستثناء المزبور قال : « والضابط أن اليمين على العلم دائماً » ونحوه عن التحرير ، بل لعل إلى ذلك يرجع ما عن ابن أبي ليلى من كونه على البت مطلقاً ، خلافاً للمحكي عن الشعبي والنخعي فعلى نفي العلم مطلقاً .

لكن ذكر بعض متأخري المتأخرين أنه لا وجه للاستثناء المزبور حينئذ ، ضرورة كونه حينئذ على البت دائماً ، وقد يدفع بإمكان إرادة الأصحاب الاجتزاء به في مثل الفرض الذي متعلق الدعوى فيه فعل الغير ، وأنه عالم به وإن كان متعلقه نفي العلم به لا العلم بنفيه بخلاف

(١) الوسائل - الباب - ٣٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٣) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

ج ٤٠ (كيفية الحلف أو كانت الدعوى متوجهة على غير المدعى عليه) - ٢٤٣ -

غيره من الصور ، فإنه لا يجزىء وإن كان في ضمن دعوى المدعي العلم به أيضاً فتأمل جيداً . وقد تقدم تحقيق الحال في جواب المنكر بقول : لا أعلم ولا أدري ، فلاحظ وتأمل وإن أطنب بها بعض متأخري المتأخرين هنا . وعلى كل حال ﴿ ف ﴾ قد ظهر لك أنه ﴿ لو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جنابة فأنكر حلف على الجزم ﴾ لأنه فعل نفسه . ﴿ و ﴾ أما ﴿ لو ادعى على أبيه الميث ﴾ مثلاً ﴿ لم يتوجه ﴾ عليه ﴿ اليمين ما لم يدع عليه العلم ، فيكفيه الحلف أنه لا يعلم ﴾ . ﴿ وكذا لو قال ﴾ المدعى عليه ﴿ قد قبض ﴾ ما علي ﴿ وكيلك ﴾ فإنه يكفيه حيثل الحلف على نفي العلم إن ادعى عليه ، وإلا انحصر الإثبات بالبينة ، لكن في كشف اللثام « فإذا حلف الموكل أثبت المدعي قبض الوكيل أو حلف على البراءة » وفيه أنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل ، بل ومع رضاه إن لم نقل : إنها من اليمين المردودة ، بناءً على أن المراد منها كل يمين رضي بها المدعى عليه من المدعي وإن لم تتوجه عليه ، كما في الوارث ونحوه .

وأو كانت الدعوى عليه بأن عبده جنى على المدعي بما يوجب استحقاقه أو بعضه وأنكر ففي كونه كالميث باعتبار أنه فعل الغير ، فلا يتوجه عليه يمين إلا مع دعوى العلم ، فيجزؤه حيثل الحلف على نفيه ، أو كونه كالدعوى عليه نفسه باعتبار أن العبد مال له فهو الغريم المدعى عليه ، وجهان ، ولذا قال في القواعد : « وهل يثبت اليمين على البت على المولى في نفي أرش الجنابة عن العبد؟ إشكال » ولعله من أنه الغريم ومن أنه فعل الغير ، وفي كشف اللثام ما حاصله « أنه على الأول ينحصر لإثبات حقه حيثل بالبينة إذا حلف على نفي العلم أو اعترف به المدعي ، وعلى الثاني إن نكل عنها لزم الأرش بحلف المدعي أو لابه

وإن حلف على عدم العلم .

ولعل الوجه الأول وفاقاً لكشف اللثام ومحكي التحرير والدروس والمجمع ، وفي المسالك « وربما بني الوجهان على أن أرش الجناية يتعلق بمحض الرقبة ، أم بالرقبة والذمة جميعاً حتى يتبع بما فضل بعد العتق ، فإن قلنا بالأول حلف على البت ، لأنه يحلف ويخاصم لنفسه ، وإن قلنا بالثاني فعلى نفي العلم ، لأن للعبد على هذا ذمة « وفيه أن المخاصمة لنفسه لا توجب أن يكون فعله فعله ، وإلا فالوارث يخاصم لنفسه ، ويحلف على نفي العلم .

وأما لو كانت الدعوى إلتلاف بهيمته التي قصر في حفظها ففي القواعد ومحكي التحرير يجب الحلف على البت ، لأنها لعدم شعورها بمنزلة الآلة وفعلها بمنزلة فعل ربها ، وحينئذ فإن نكل قضى عليه به أو برد اليمين على المدعي ، لكن في محكي الدروس على قول ، وظاهره التردد ، بل في كشف اللثام عن بعضهم الحلف على نفي العلم ، وهو المحكى عن الأردبيلي ، وحينئذ فلا نكول بعدم الحلف على البت ، بل لا يمين إن لم يدع عليه العلم . لكن في كشف اللثام « والحق أنه إن علم العدم حلف على البت ، وإلا فعلى نفي العلم ، وإذا حلف عليه أثبت المدعي الإحلاف أو حلف عليه ، وفيه الإشكال السابق في دعوى قبض الوكيل « وفي الحواشي المنسوبة للشهيد « أن العبد يخالف البهيمة من وجهين : الأول أن البهيمة لا تضمن جنائنها إلا مع التفريط بخلافه ، الثاني أن جناية العبد تتعلق برقبته ، فإذا أئلف لم يضمن مولاه بخلاف البهيمة ، فإنها إذا أئلفت بتفريط فإن المالك يضمن جنائنها ، ولا تتعلق برقبته » .

ولو نصب البائع وكيلاً ليقبض الثمن وسلم المبيع فقال له المشتري : إن موكلك أذن في تسليم المبيع وأبطل حق الحبس وأنت تعلم ففي الاكتفاء

ج ٤٠ (كيفة الحلف لو كانت الدعوى متوجهة على غير المدعى عليه) - ٢٤٥ -

بالحلف على نفي العلم ، لأنها لنفي فعل الغير ، أو لا بد من اليمين على البت ، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع ، فان لم يحلف قضى عليه بالنكول أو برد اليمين ، وجهان كما في المسالك .

وكذا لو طول البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه ، وقال للمشتري : أنت عالم به ففي المسالك « قيل : يحلف على البت ، لأنه يستبقى بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه ، ويحتمل الحلف على نفي العلم ، لأن متعلقه فعل الغير » .

وفيها أيضاً « أنه لو مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر وقال : أنا أخوك فالمراث بيننا فأنكر قيل : يحلف على البت أيضاً ، لأن الاخوة رابطة جامعة بينهما ، ويحتمل قوياً على نفي العلم كالسابقة » إلى غير ذلك مما ذكره في المقام .

ولكن تحقيق الحال في ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى المتعلقة بفعل الانسان نفسه نفياً وإثباتاً وبفعل الغير إثباتاً بيميناً على البت أو رداً ، وإلا كان ناكلاً قضى عليه به أو بردها من الحاكم ، ولا يجديه الجواب بنفي العلم وإن صدقه المدعي فضلاً عما لو ادعاه عليه أيضاً ، فان جميع هذه الفروع مبنية على ذلك .

وقد تقدم سابقاً في جواب المنكر ما يستفاد منه المناقشة في ذلك ، ونزيد هنا بأنه لا دليل على تسببها ذلك ، وما في النصوص (١) من أن « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ينساق منه حال كون الجواب إنكاراً ، خصوصاً بعد ما في الخبر الآخر (٢) من أن « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » بل هو كالمقيد للأول بناءً على إرادة الحصر منه

(١) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٣ وفيه « البينة على من ادعى ... »

وكون الإنكار الجواب بالنفي على البت دون نفي العلم؛ وإلا كان اليمين عليه ولو على نفي العلم وإن لم يدعه المدعى عليه ، فتتفق النصوص حينئذ أجمع، خصوصاً بعد استفاضة النصوص على عدم الحلف إلا على العلم ، قال الصادق (عليه السلام) في خبر هشام بن سالم (١) : « لا يحلف الرجل إلا على علمه » وفي خبر أبي بصير (٢) ومرسل يونس (٣) « لا يستحلف الرجل إلا على علمه » مع زيادة « ولا تقع اليمين إلا على العلم استحلف أو لم يستحلف » .

ودعوى أن تعذر العلم عليه يوجب الرد عليه ليس بأولى من القول بأن الواجب عليه الحلف على ما يعلمه من عدم العلم بما يدعيه المدعي وإن كانت الدعوى متعلقة بفعل نفسه ، إذ لا دليل بالخصوص على الاجتزاء به في نفي فعل الغير دون فعل النفس مع فرض اتحادهما كذلك ، واعتبار البت في اليمين في كلام الأصحاب على وجه يقتضي عدم الاجتزاء بها على نفي العلم إلا إذا كان متعلقها فعل الغير إنما هو حيث تتوجه عليه يمين كذلك ، كما إذا كان جوابه الإنكار المحض على ما هو الغالب .

وبذلك يظهر لك حينئذ ما في الفروع السابقة جميعها وأنه لا فرق في الحكم فيها بين القول بتعلقها في فعل الغير أو فعل المدعى عليه في الاجتزاء بيمين نفي العلم مطلقاً أو إذا ادعى عليه ، وإلا كان طريق إثباتها منحصرًا في البيئة ، نحو الدعوى على الصغير والمجنون والغائب ونحوهم . هذا كله بناءً على عدم جواز حلفه على البت بمقتضى الأصول ولو يقول : « لا حق لك علي » ، « لا تستحق علي شيئاً » ونحوهما ، وإلا كان له الحلف حينئذ على ذلك أو رد اليمين وإلا كان ناكلاً .

ثم لا يخفى عليك أن الدعوى يختلف كيفية إبرازها ، فقد تبرز على

(١) و (٢) و (٣) الرسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب الإيمان - الحديث ١ - ٢ - ٤ .

وجه تتعلق بالمدعى عليه وإن كانت في الواقع هي متعلقة بفعل الغير ، كما إذا ادعى عليه مثلاً أن ما في يده من المال له من دون قول : و قد غصبه مورثك ، مثلاً ، ولا ريب في استحقاقه اليمين حينئذ على النفي واقعاً لا على عدم العلم ، وقد تقدم ما يستفاد منه زيادة تحقيق للمقام . ومن التأمل في جميع ما ذكرنا يظهر أن الذي أوقع بعض الناس في الوهم إطلاق اعتبار الجزم في اليمين على وجه لا يكفي فيه نفي العلم إذا كان متعلق الدعوى فعل المدعى عليه ، ولكن قد عرفت تحقيق الحال ، والله العالم .

هذا وقد ظهر لك حال اليمين ممن توجهت عليه ﴿ أما المدعي ولا شاهد له فلا يمين عليه ﴾ لما سمعته من قوله (ص) : البينة عليه ﴿ إلا مع الردّ أو نكول المدعى عليه على قول ﴾ قوي عرفته سابقاً ﴿ فإن ردّها المنكر توجهت ﴾ على المدعي ﴿ فيحلف ﴾ حينئذ ﴿ على الجزم ، ولو نكل سقطت دعواه إجماعاً ﴾ كما عرفت الكلام في ذلك مفصلاً .

بل وفي قوله أيضاً : ﴿ ولو ردّ المنكر اليمين ﴾ التي كانت في الأصل له ﴿ ثم بدلها قبل الإحلاف ﴾ أو في أثناؤه ولو بعد توجيه الحاكم لها عليه وأن له ذلك ، بخلاف ما لو بدلها بعد الإحلاف فإنه ليس له إجماعاً وإن ﴿ قال الشيخ ﴾ في المحكي من مبسوطه في الأول : ﴿ ليس له ذلك إلا برضا المدعي ﴾ لسقوط استحقاقه منه برده ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردّد ﴾ واضح ﴿ منشأه أن ذلك تفويض لا إسقاط ﴾ بل قد عرفت سابقاً أن إطلاق الأدلة والاستصحاب وغيرهما تقتضي الأول كما لا يخفى .

﴿ و ﴾ لا خلاف ولا إشكال في أنه ﴿ يكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق ﴾ وإن كانت الدعوى سبباً خاصاً ﴿ لأنه يأتي

على الدعوى ﴿ لكونه عاماً لها ، ولا دليل على اعتبار الخصوصية في الجواب ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، بل ربما يكون له غرض في الجواب بذلك ﴾ فـ ﴿ سلا يكلف غيره .

نعم ﴿ لو ادعى عليه غصباً أو إجارة مثلاً فأجاب بأني لم أغصب ولم استأجر قيل ﴿ والقاتل الشيخ فيما حكى عنه : ﴿ يلزمه الحلف على وفق الجواب ﴿ الذي صدر منه ﴿ لأنه لم يجب به إلا وهو قادر على الحلف عليه و﴿ لكن الوجه ﴿ بل الأصح ﴿ أنه ﴿ لا يلزم بذلك ، للأصل وإطلاق الأدلة .

وحينئذ فـ ﴿ إن تطوع بذلك صح، وإن اقتصر على نفي الاستحقاق كفى ﴿ وظهور قدرته على الحلف عليه من جوابه به لا يقتضي إلزامه بذلك ، بل لا يلزم وإن صرح بقدرته عليه ، على أنه ربما كان له غرض بتغيير المهلوف عليه عما أجاب به ، لمعلومية التسامح في العادة في المحاورة بما لا يتسامح به في حال الحلف الأول .

﴿ ولو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض ﴿ مثلاً ﴿ فقد انقلب ﴿ المنكر ﴿ مدعياً والمدعي منكراً، فيكفي المدعي ﴿ حينئذ ﴿ اليمين على بقاء الحق ﴿ وإن كان قد أجاب بانكار ذلك بخصوصه على نحو ما سمعته في المنكر ، بل في المسالك عن الشيخ الموافقة على ذلك هنا .

﴿ ولو ﴿ تطوع فـ ﴿ حلف على نفي ذلك ﴿ لطلب خصمه ﴿ كان أكد لكنه غير لازم ﴿ عليه لما عرفت .

﴿ وكل ما ﴿ أي مقام ﴿ يتوجه ﴿ استحقاق ﴿ الجواب عن الدعوى فيه ﴿ ولو بقول: لا أعلم لا نحر الحدود التي لا تسمع الدعوى فيها مجردة عن البيئة كما ستعرف ﴿ يتوجه معه اليمين ﴿ ولو عليه أيضاً ﴿ ويقضي على المنكر به مع النكول كالعتق والنسب والنكاح ﴿ والطلاق

والرجعة والفيئة في الایلاء ﴿ وغير ذلك، وعلى القول الآخر ﴾ الذي قد عرفت قوته فيما تقدم ﴿ ترد اليمين على المدعي ، ويقضى له مع اليمين وعليه مع النكول ﴾ كل ذلك لعموم (لاطلاق خ ل) الأدلة .
خلافاً لبعض العامة، فمنع من توجه الحلف على المنكر في الأبواب المزبورة ، معللاً له بأن المطلوب من التحليف الاقرار أو النكول ليحكم به ، والنكول نازل منزلة البذل والاباحة . ولا مدخل لها في هذه الأبواب .
ولآخر منهم ، فخص التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين إلحاقاً له بالحد . وعموم الأدلة التي منها « اليمين على المدعى عليه » (١) به من أنكر « (٢) حجة عليهم ، مضافاً إلى خصوص ما روجه (٣) من « أن ركانة أتى النبي (صلى الله عليه وآله) فقال : يا رسول الله طلقت امرأتى البتة ، فقال : ما أردت بالبتة ؟ قال : واحدة ، فقال : والله ما أردت بها إلا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت بها إلا واحدة ، فردّها إليه ثم طلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان » حيث اكتفى فيه باليمين على ما أخبر به من قصده بها في الطلاق .

﴿ مسائل ثان : ﴾

﴿ الاولى : ﴾

﴿ لا يتوجه اليمين ﴾ في الدعوى ﴿ على الوارث ﴾ بالدين أو العين ﴿ ما لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق وأنه ترك في

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٥ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ .

(٣) سنن السهقي - ج ٧ ص ٣٤٢ .

يده ﴿ أي الوارث ﴾ مالا ﴿ يفي بالكل أو البعض إن كانت الدعوى ديناً ، بلا خلاف أجده بين من تعرض لذلك من المصنف ومن تأخر عنه وإن كان فيه ما منعرف .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا إشكال في أن الوارث لا يجب عليه أداء دين المورث إلا بما تركه بعد تحقق كونه وارثاً وتحقق الدين ، فتي انتفى أحد هذه الثلاثة في نفس الأمر لم تتوجه عليه دعوى أصلاً ، ومن هنا ﴿ لو ساعد المدعي ﴾ أي صدقه ﴿ على عدم أحد هذه الأمور ﴾ الثلاثة في الواقع ﴿ لم يتوجه ﴾ له عليه دعوى فضلاً عن اليمين ، بل ظاهر المتن سقوط الدعوى أيضاً بالتصادق على انتفاء العلم في أحد الأولين بل وبالإطلاق .

هذا ﴿ و ﴾ قد عرفت فيما مضى أنه ﴿ لو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنه لا يعلم ﴾ لتعلقها في النبي عن الغير الذي هو الضابط في ذلك عندهم .

﴿ نعم لو أثبت الحق والوفاة وادعى في يده مالا حلف الوارث على القطع ﴾ لا نفي العلم ، لتعلق الدعوى حينئذ بأمر راجع إليه ، بل قد عرفت أن التحقيق في هذه أيضاً الاكتفاء بذلك لو أجاب بنفي العلم ، بل قد يقال بعدم اعتبار دعوى العلم بالحق في استحقاق اليمين على الوارث بعد إثبات الأمرين الآخرين ، ضرورة صدق الدعوى عليه بذلك ، وحينئذ فتندرج في قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » إلا أن الظاهر الاكتفاء بيمينه على نفي العلم . بل ذلك هو مقتضى التأمل في عبارة الشيخ في المبسوط قال فيها أولاً : « تحليف الحالف لا يخلو إما أن يحلف على فعل نفسه أو فعل

غيره ، فإن حاتم على فعل نفسه كانت على البت والقطع نفياً وإثباتاً ، وإن كانت على فعل غيره نظرت فإن كانت على الإثبات كانت على العلم ، وإن شئت اختصرت ذلك ، وقلت : الأيمان كلها على القطع إلا ما كانت على النفي عن الغير ، فإنها على العلم ، إذ هو كالصریح في أن البمين المذبذبة هي يمين الدعوى المتعلقة بفعل الغير لا دعوى العلم بذلك التي هي كغيرها من الدعاوى ولا تحتاج إلى استثناء .

وأوضح من ذلك قوله أيضاً : « إذا ادعى رجل على ابن رجل ميت أي من جهة أبيه لم تقبل منه الدعوى حتى يدعى عليه الحق ويدع موت الأب وأنه خلف في يده تركة ، لأنه إن لم يمت الأب فلا حق له على ابنه ، وإن مات ولم يخلف فلا حق له عليه أيضاً ، فلا بد من دعوى ثلاثة أشياء أي دعوى الحق على أبيه ، ودعوى موته ، ودعوى أنه خلف في يده تركة - ثم قال - : فان ثبت الموت وثبت أنه خلف تركة فحينئذ تسمع دعواه بالحق عليه ، ويكون القول قول الابن إنه لا يعلم أن على أبيه حقاً » وهو كالصریح فيما قلناه ، ولكن زاد فيها : لارادة تحريرها اعتبار العلم بالموت والعلم بالحق » .

وكان الأخرى الموافقة لاطلاق قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولغير ذلك إبقاؤها على حاله من غير هذه الزيادة التي تبعه عليها من تأخر عنه ، بل صارت عندهم كالقاعدة في كل دعوى لها تعلق بفعل الغير، ومقتضاه أن البمين حينئذ على نفيه طرف دعوى أخرى لا مدخلية لها في الأولى ، بل هي على هذا التقدير لا طرف لها ، بل مقتضاه أنه ليس للوارث ردّ البمين على المدعي ما لم يدع عليه العلم ، ضرورة عدم توجه يمين عليه أصلاً حتى يكون له

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث .

ردّها أو نكول عنها ، بل مقتضاه أن اليمين المردودة في دعوى العلم حلف المدعي على علمه لا على أصل الحق ، وهو خلاف ظاهر كلمات هؤلاء الذين اعتبروا العلم في توجه اليمين فضلاً عن غيرهم .

وبالجملة إعطاء النظر حقه يقتضي ما ذكرناه وإن كان كلام المصنف ومن تأخر عنه منافياً لذلك بعد أن ذكروا نحو ما سمعته من المبسوط أولاً الذي هو ظاهر فيما قلناه ، لتقسيمهم اليمين إلى القسمين : أحدهما البت ، وهي المتعلقة بفعل الانسان نفسه نفياً وإثباتاً وبإثبات فعل الغير ، والثاني على نفي العلم ، وهي المتعلقة في نفي فعل الغير ، ضرورة اقتضاء ذلك كون اليمين التي أوجبها نفس الدعوى على الوجهين المزبورين لا يمين دعوى العلم ، إذ هي دعوى مستقلة لا تحتاج إلى جعل اليمين قسماً ثانياً ، كما هو واضح بأدنى تأمل .

بل منه يعلم أن الأمر مشوش غير منقح عندهم ، خصوصاً بعد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى في غير الوارث أيضاً ، كما لو ادعى مدع على عين في يد آخر أنه سرقة سارق وباعه أباك من دون أن يدعي عليه العلم بذلك ، ضرورة عدم الفرق بين الوارث وغيره في ذلك .

بل لا يبعد في الوارث وغيره الالتزام بيمين البت التي هي الأصل لو فرض الجواب به على وجه ادعى أنه عالم بذلك ، ويترتب عليه حكم النكول وغيره ، خلافاً لبعضهم ، فانه صرح في الفرض بتخييره بينه وبين الحلف على نفي العلم ، كما أنه لا يبعد الالتزام به أيضاً في دعوى موت المورث ، وكان على وجه لا يعسر الاطلاع فيه على ذلك ، لحضوره معه في البلد مثلاً ، كما عن أحد وجوه الشافعية .

وعلى كل حال فقد ظهر لك التحقيق في المسألة ، إلا أن المصنف

قطع طريقها باعتبار العلم بالحق في استحقاق اليمين ، بل في أصل الدعوى التي قد عرفت صراحة كلام الشيخ في عدم توقف سماعها على ذلك بعد ثبوت موت المورث وأن له مالاً في يد الوارث . نعم لا تنوجه قبل ثبوتها ، ضرورة لا دعوى مع الوارث قبل أن تتحقق واريثته ، كما لا دعوى عليه إذا لم يكن في يده مال .

وبذلك ظهر لك الفرق بين الأمور الثلاثة وإن كنى نقي أحدها في سقوط الدعوى ولذا كان المتجه الاجتزاء بيمين واحدة في سقوط دعوى المدعي في الأمور الثلاثة ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿ إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه ، ويستوي في ذلك دعوى المال والجناية ﴾ كما في القواعد والارشاد والدروس وغيرها ، والظاهر أن المراد من ذلك ما إذا كانت الدعوى عليه من حيث إنه مملوك ، لا الدعوى عليه من حيث ذمته التي يتبع بها بعد العتق ، فإنها ليست مملوكة للسيد ، وإنما المملوك له بدنه وما في يده ، فتى كانت الدعوى بامتحقاق أحدهما كان الغريم المولى الذي يعتبر لإقراره وإنكاره بالنسبة إلى ذلك ، بخلاف العبد ، فإنه لا إقرار له ولا إنكار يمضي على السيد .

فلو ادعى مثلاً على مال في يد العبد مدع أنه كان الخصم السيد فإن أقربه دفعه إليه وإن أنكر العبد ، وإن أنكره حلف له وبقي المال وإن أقر العبد .

وكذا إن ادعى على العبد أنه جنى خطأ - فيستحق المجني عليه استرقاقه أو فكه - كان الخصم السيد ، لتعلق الدعوى بماله ، فإن أقر بذلك

دفعه أو فداه ، ولا يجدي إنكار العبد ، وإن أنكر حلف وسقطت الدعوى على السيد . باستحقاق العبد وإن أقر بذلك .

وكذا الجناية عمداً المقتضية لاستحقاق استرقاق العبد ولو على جهة التخيير بينه وبين القصاص ، فالخصم أيضاً السيد ، فإن أقر به دفعه للاسترقاق وإن أنكر العبد ، وإن أنكره حلف وسقطت الدعوى معه وإن أقر به العبد ، لأنه إقرار في حق الغير ، لكونه مملوكاً .

كما أنه لا يثبت القصاص عليه بإقرار السيد الذي ليس له إلا ماله دون إزهاق النفس . نعم لو اتفقا معاً استحق القصاص لانهصار الحق فيها .

هذا كله إذا كانت الدعوى على ما يرجع إلى السيد ، أما إذا كانت على ما لا يرجع إليه ، بل مرجعها بعد ثبوتها إلى ذمة العبد بعد العتق - كدعوى أنه أتلف مالا أو غصب عيناً ولو موجودة - فلا ريب في أن الخصم فيها العبد ، لأنه الذي ينفع إقراره وإنكاره في الاستحقاق عليه بعد العتق ، بل وكذا دعوى الجناية خطأ بناءً على اقتضاها المال عليه أيضاً بعد العتق فضلاً عن الجناية عمداً التي لا ريب في اقتضاها القصاص بعد فرض ثبوتها بإقراره بعد العتق ، لعموم « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » (١) وغيره .

وبذلك ظهر لك أنه لا إشكال في إطلاق المصنف وغيره أن الغريم المولى بعد ظهور كون المراد في الدعوى على المملوك من حيث إنه مملوك لا الدعوى عليه من حيث ذمته التي يتبع بها بعد العتق مما لا يدخل في ملك السيد . لكن في القواعد « إذا ادعى على مملوك فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالا أو جنائية » ، والأقرب عندي توجه اليمين عليه ، فإن نكل ردت على المدعي وثبتت الدعوى في ذمة العبد يتبع بها بعد العتق »

وهـ : انه على الظاهر الاشارة بذاك إلى توجه سماع الدعوى على العبد منفرداً ، أو اقتضاء الدعوى على المولى يميناً أخرى على العبد غير يمين المولى ، لأن له ذمة يتبع بها بعد العتق ، فيثبت حينئذ ذلك عليه بإقراره أو نكوله . وهو الذي أشار إليه في الدروس قل : « ولو ادعى على العبد فالغريم المولى وإن كانت الدعوى معه ، ولو أقر العبد به تبع به ، ولو كان بجناية وأقر العبد فكذلك . ولو أقر المولى خاصة لم يقتصر من العبد ، ويملك المجني عليه بقدرها ، ويلزم من هذا وجوب اليمين على العبد لو أنكر الملزوم لسماع الدعوى عليه منفرداً ، وهو كالصریح فيما قلنا .

وليس مراد العلامة أن الغريم المولى ولكن اليمين في الدعوى على المولى على العبد كي يرد عايه ما في المسالك من التناهي بين كون الغريم المولى المقتضي لقبول إقراره ووجوب اليمين عليه مع إنكاره وغير ذلك من أحكام الدعوى ، بل هو من العرائب وإن أطنب في كشف اللثام في توجيهه بعد موافقته على كون المراد من العبارة ذلك ، وما أدري ما الذي دعاهم إلى ذلك ؟ فإن كان هو عدم توجه اليمين على السيد لكون الفاعل غيره ففيه أنه يخلف على نفي العلم على مفتضى ضابطهم الذي ذكروه . وأغرب من ذلك دعوى التناهي بين ما ذكره هنا وما ذكره في باب الافرار ، وهو لا يقبل إقرار العبد بمال ولا حد ولا جناية . توجب أرشاً أو قصاصاً إلا أن يصدقه السيد ، ويتبع بعد العتق بالمال ، ولو قيل يقبل ويتبع وإن لم يصدقه السيد كان وجهاً ، وهو كما ترى لا تنافي . نعم في المقام رجح نفوذ إقراره على نفسه يتبع به بعد العتق في المال والجناية ، وفي الافرار جزم به في المال وجعله في غيره وجهاً ، وهو ليس تنافياً . وليس المراد تبعيته بالمال بعد العتق مع تصديق السيد ، ضرورة عدم مدخلية تصديقه وتكذيبه بالنسبة إلى ذلك ، إذ قد عرفت

أن ذمته ليست مملوكة للمولى .

وبالجملة لا يحنى عليك ما في المسالك ومجمع البرهان وكشف اللثام وغيرها من تشويش المسألة ، حتى أنه قال بعض من تأخر عنهم : إن هذه المسألة من المشكلات ، وجعل كلمات الأصحاب فيها مختلفة مضطربة ، وقد عرفت التحقيق وأنه لا إشكال في كون الخصم السيد مع كون الدعوى على المملوك أو ما في يده من حيث إنه مملوك ، ولا في كون الخصم العبد مع كونها في ذمته يتبع بها بعد العتق وأن إقرار كل منها وإنكاره مجد فيما له وعليه دون الآخر ، من غير فرق في ذلك بين دعوى المال والجناية عمداً وخطأً .

نعم يظهر من المحكي من المبسوط اختصاص الخصومة في دعوى الجناية عمداً بالعبد دون المولى ، إلا أنه وافق على عدم تعجيله به وإن أقر به أو نكل عن اليمين ، قال : « إذا ادعى على العبد حق فانه ينظر فان كان حقاً يتعلق بيده كالفقاص وغيره فالحكم فيه مع العبد دون السيد ، فان أقر به لزمه عند المخالف ، وعندنا لا يقبل إقراره ، ولا يقتص منه ما دام مملوكاً ، فان أعتق لزمه ذلك ، فأما إن أنكر فالقول قوله ، فان حلف سقطت الدعوى ، وإن نكل ردت اليمين على المدعي ، فيحلف ويحكم بالحق ، وإن كان حقاً يتعلق بمال كجناية الخطأ وغير ذلك فالخصم فيه السيد ، فان أقر به لزمه وإن أنكر فالقول قوله ، فان حلف سقطت الدعوى ، وإن نكل ردت اليمين على المدعي ، فيحلف ويحكم له بالحق » .

ولا يحنى عليك ما فيها ، ومن هنا حررها المصنف بما سمعت ، وتبعه عليه غيره ، وهو في غاية الجودة بناءً على ما فسرناه به ، فتأمل جيداً كي يظهر لك ما في جملة هنا من المصنفات

المسألة الثالثة :

﴿ لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به غير واحد ، لأن من شرط سماع الدعوى أن يكون المدعي مستحقاً لموجب الدعوى ، فلا تسمع في الحدود ، لأنها حق لله تعالى ، والمستحق لم يأذن في الدعوى ولم يطلب الاثبات ، بل أمر بدرء الحدود بالشبهات (١) وبالتوبة عن موجبها (٢) من غير أن يظهره للحاكم ، وقد قال (صلى الله عليه وآله) لمن حمل رجلاً على الاقرار عنده بالزنا (٣) : « هلا سترته بثوبك » وسماعها بالبينة بمعنى ثبوتها بها ، لا أنها تكون دعوى له معها ، كما هو واضح ﴿ و ﴾ حيثذف ﴿ لا يتوجه ﴾ فيها ﴿ اليمين على المنكر ﴾ .

﴿ نعم ﴾ لو كان الحق مشتركاً بين الله وبين الآدمي ، كما ﴿ لو قذفه بالزنا ولا بينة فادعاه ﴾ المَقْدُوف بالزنا مثلاً ﴿ عليه ﴾ فقي توجه اليمين على المَقْدُوف به وعدمه قولان : ﴿ قال ﴾ الشيخ ﴿ في المبسوط : جاز أن يحلف ﴾ اليمين المردودة ﴿ ليثبت الحد على القاذف ﴾ ترجيحاً لحق الآدمي ، ويحتمل بل يمكن القطع به أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن قال له : يا زاني ثم لما أريد قيام حد القذف عليه ادعى الزنا على المَقْدُوف ولكن لا بينة له على ذلك جاز أن يحلف المَقْدُوف على علم

(١) الوسائل - الباب - ٢٤ - من ابواب مقدمات الحدود - الحديث : من كتاب الحدود .

(٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب مقدمات الحدود - من كتاب الحدود .

(٣) سنن البيهقي ج ٨ ص ٢٢٨ و ٢٣٠ و ٢٣١ وفيه « لو سترته بثوبك » و « لو كنت

سترته عليه بثوبك » .

الزنا ليثبت الحد على القاذف .

ولعل هذا الصق بالمحكى عن المبسوط في الدروس ، بل لعله الظاهر من المتن أيضاً ، بل في كشف اللثام عن المبسوط أنه قال : « فان ادعى عليه مثلاً أنه زنى لزمه الاجابة عن دعواه ، ويستحلف على ذلك ، فان حلف سقطت الدعوى ، ويلزم القاذف الحد ، وإن لم يحلف ردت اليمين وثبت الزنا في حقه ، ويسقط عنه حد القذف ، ولا يحكم على المدعى بحد الزنا ، لأن ذلك حق لله تعالى محض ، وحقوق الله المحضة لا تسمع فيها الدعوى ، ولا يحكم فيها بالنكول ورد اليمين ، ولعله لذا حكى عنه في الدروس أنه لو طلب القاذف يمين المقذوف على عدم الزنا اجيب ، فيثبت الحد إن حلف وإلا فلا - قال - : وهو حسن ، لتعلقه بحق الآدمي ونفي اليمين في الحد إذا لم يتعلق به حق آدمي » لكن في المسالك بعد أن حكى عن الشيخ القول بسماع الدعوى في القذف وجريان حكم اليمين فيها قال : « وفرع الشيخ على ذلك ، ثم ذكر حكم القذف الصريح .

﴿ و ﴾ حيثل ﴿ فيه إشكال ﴾ واضح ﴿ إذ ﴾ في النبوي ﴿ لا يمين في حد ﴾ وفي المرسل الذي هو كالصحيح بابن أبي عمير في رواية التهذيب بل وكذا في رواية الكافي المنجبر مع ذلك كله بالعمل (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « أتى رجل لأمر المؤمنين (عليه السلام) برجل ، فقال : هذا قذفتي ولم تكن له بيعة ، فقال : يا أمير المؤمنين

(١) لم أعر عليه في الوسائل مع التتبع التام ورواه الشيخ (قده) في التهذيب ج ١٠ ص ٧٩

الرقم ٣١٠ والكليني (قده) في الكافي ج ٧ ص ٢٥٥ نعم أشار الى ذيله في الوسائل في الباب

- ٧٠ - من أبواب القصاص في النفس - الحديث ١ .

استحلفه ، فقال : لا يمين في حد ، وفي آخر (١) : لا يستحلف صاحب الحد ، وفي ثالث (٢) : أن رجلاً استعدى علياً (عليه السلام) فقال : إنه افترى عليّ ، فقال (عليه السلام) للرجل : فعلت ما فعلت ؟ قال : لا ، فقال (عليه السلام) للمستعدى : ألك بينة ؟ فقال : مالي بينة فأحلفه ، فقال (عليه السلام) : ما عليه يمين ، كل ذلك مضافاً إلى الأصل بعد اختصاص النصوص بغير المفروض .

نعم قد يقال : إن أكثر هذه النصوص أو جميعها لا تنافي المحكي عن الشيخ على ما سمعته من الدروس بل ومن كلامه ، ضرورة عدم ثبوت الحد فيه باليمين ، وإنما هو بالقذف المحقق منه إلا أن له حق اليمين على المقتوف بأنه ما زنى ، ودعوى استفادة ذلك من الخبر بطريق الأولوية كما في كشف اللثام ممنوعة .

ألهم إلا أن يقال باندراج ذلك في عموم نفي اليمين في الحد ، بل لعله المراد من قوله (عليه السلام) (٣) : لا يستحلف صاحب الحد ، على معنى أن لا يمين على من له الحد ، أو يقال : يكفي في رده إطلاق ما دل على وجوب الحد بذلك في الكتاب والسنة (٤) نحو قوله تعالى (٥) : « والذين يرمون المحصنات » إلى آخرها ، وغيره ولا دليل على اشتراطه بحلف المقتوف بعد ظهور قوله (صلى الله عليه وآله) (٦) : « واليمين

(١) و (٣) المستدرک - الباب - ٢٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الو - ثل - الباب - ٣٠ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٤) الو - ثل - الباب - ٢ - من أبواب حد القذف من كتاب الحدود .

(٥) سورة النور : ٢٤ - الآية ٤ .

(٦) الو - ثل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٥ .

على المدعى عليه « و » من أنكر « (١) في غير ذلك ممن يكون له حق في الدعوى المنساق منها ذلك ، لا أن المراد منها مجرد الادعاء وإن لم يكن له حق فيها .

وعلى كل حال فالهك عن الشيخ ضعيف وإن سمعت استحسانه في الدروس، بل في كشف اللثام أنه قوي من حيث الاعتبار وقاعدة الإنكار، وقد عرفت التحقيق ، والله العالم .

المسألة الرابعة : ﴿

قد عرفت فيما تقدم أن ﴿ منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لاصقاط الغرم ﴾ لأنها توجب أمرين: حق الآدمي وهو المال والثاني القطع وهو حق الله ولا ملازمة بينهما ، فيجرى حكم الدعوى في الأول بالنسبة إلى اليمين وردة والنكول دون الثاني الذي قد عرفت عدم جعل الشارع اليمين حجة فيه ، بل لا دعوى من مدع حقيقة فيه .

﴿ و ﴾ حيثئذ فـ ﴿ لو ﴾ ادعاها عليه و ﴿ نكل لزمه المال دون القطع بناءً على القضاء بالنكول ، وهو الأظهر ﴾ عند المصنف ولكن عرفت ضعفه ﴿ وإلا حلف المدعي ﴾ .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لا يثبت الحد على القولين ﴾ لعدم ثبوت كونه سارقاً على وجه يلحقه الحكم المعلق عليه في الكتاب (٢) والسنة (٣) فإن اليمين لا تثبت الموضوع واقعاً فضلاً عن ثبوته به بالنسبة

(١) الوسائل - الباب - ٢٥ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٣ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ٣٨ .

(٣) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب حد السرقة من كتاب الحدود .

ج ٤٠ (هل للمدعي الرجوع إلى بينته لو أعرض عنها التمس اليمين؟) - ٢٦١ -

إلى الحد الذي اعتبر الشارع في بينته غير بينة المال من زيادة العدد ونحوها ،
﴿ وكذا لو أقام شاهداً وحلف ﴾ كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة الخامسة : ﴿

﴿ لو كان له بينة فأعرض عنها والتمس بيمين المنكر أو قال :
أسقطت البينة وقبلت باليمين فهل له الرجوع ﴾ إليها بعد ذلك قبل
الحلف ؟ ﴾ قبل ﴾ والقائل الشيخ في محكي المبسوط وتبعه ابن إدريس
فما حكى عنه : ﴿ لا ﴾ يجوز له ﴿ وفيه تردد ، ولعل الأقرب
الجواز ﴾ بل هو الظاهر ، بل يمكن القطع به ، لاطلاق ما دل على حجيتها
السالم عما يقتضي كون ذلك من الحقوق التي تسقط بالاسقاط لو فرض
تصريحه بذلك فضلاً عن غيره ، بل ظاهر الأدلة كونها من الأسباب
المفتضية ثبوت الحق ، فلا يتصور فيها معنى الاسقاط الذي يتعلق بنحو
حق الخيار وشبهه .

﴿ وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر ﴾
ثم عاد إليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين على المدعي ثم عاد إلى اختيار
الحلف الذي قد عرفت الكلام فيه سابقاً ، وأنه لا يخرج بشيء من ذلك
عن صدق المدعي والمنكر اللذين قد قرر الشارع الميزان لكل منهما بما
عرفت .

المسألة السادسة :

﴿ لو ادعى صاحب النصاب إيداله في أثناء الحول ﴾ لينفي عنه الزكاة ﴿ قبل قوله بلا يمين ﴾ بلا خلاف أجده فيه . بل حكى الاتفاق عليه غير واحد ، وكذا لو قال المسلم : لا زكاة أو لا خمس عليّ أو دفعتها مثلاً حيث يجوز له ذلك .

﴿ وكذا لو خرص عليه فادعى القصاص ﴾ في الثمرة المخروصة أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاة بلا خلاف أجده فيه ، بل الاتفاق يحكي عليه أيضاً .

﴿ وكذا لو ادعى الذمي الاسلام قبل الحول ﴾ ليتخلص عن الجزية بناءً على وجوبها عليه مع الاسلام بعده لا خلاف فيه والاتفاق يحكي عليه مع أن الحق بين العبد وربّه ولا يعلم إلا من قبله .

﴿ أما لو ادعى الحربي ﴾ بعد سببه ﴿ الانبات بعلاج لا ﴾ بالطعن ﴿ بالسن ﴾ الذي تدفعه الطبيعة غالباً الذي جعله الشارع أمانة البلوغ ﴿ ليتخلص ﴾ بذلك ﴿ من القتل ﴾ الذي هو حد من حدود الله تعالى التي تدرأ بالشبهة من دون يمين ، خصوصاً في المقام الذي يقتضي الأصل عدم بلوغه الذي هو شرط قبول اليمين فـ ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ومن ظهور ما دل على كونه علامة للبلوغ في الحكم به حتى يعلم خلافه ، وإلا لم يقتل محتمله وإن لم يدعه ، وهو مخالف للإجماع المحكي في المسالك وغاية المراد ولغير ذلك .

ومن هنا قال المصنف : ﴿ ولعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع

البينة لكن لا يخفى عليك ما فيه من أنه بعد تسليم الظهور لا يتناهي تحقيق الشبهة الدارئة ، بل الظاهر تحققها مع عدم اليقين خصوصاً في مثل الفرض ، لما عرفت . فما عن بعضهم - من اعتباره هنا فعلاً في قول أو بعد التأخير إلى زمان القطع ببلوغه في آخر في قبولها ، لأنها أقل ما تثبت به الدعوى المتأففة للحكم عليه بالبلوغ ظاهراً واستحقاقه القتل فلا يزول ذلك بمجرد دعواه ، ولأنه أحوط وأوثق في الحكم - واضح الضعف .

وحينئذ يسقط ما فرّعه عليه من أنه لو نكل عن اليقين على الأول بل وعلى الثاني قتل بمجرد نكوله وإن لم نقل بالقضاء به في غيره ، أو يقتل لثبوت سببه ظاهراً مع عدم تحقق المانع الذي هو اليقين للدعوى المزبورة .

نعم قد يتوقف في قبول ذلك منه بالنسبة إلى غير القتل الذي يدرا بالشبهة ، بل ظاهراً المسالك العدم ترجيحاً للظاهر السالم هنا من الدرء بالشبهة ، ولأنه إن كان عدم العلاج شرطاً لما جاز قتل محتمله إلا بعد العلم بالانتفاء ، وهو باطل إجماعاً ، كما في غاية المراد والمسالك . وإن كان قد يناقش بمنع الظهور أولاً ، ومنع الدليل على تقديمه على الأصل ثانياً ، ضرورة كون الثابت أنه علامة البلوغ الانبات الطبيعي لا العلاجي ، ولا أصل - ولو بمعنى الظاهر - يقتضى كون هذا الشخص من الأول حتى مع ادعاء أنه من الثاني ، والفرض أنه شيء لا يعلم إلا من قبله ، وقتل محتملها مع عدم الدعوى لأصالة عدم العلاج ، ولظهور ما دل على كونه علامة في الحكم به ما لم يحصل العلم أو الشك ، والاجماع المحكي عليه لا يقتضى مساواة الفرض له ، فتأمل .

ومما ألحق بذلك دعوى البلوغ مطلقاً أو بالاحتلام خاصة ، لا يمكن إقامة البينة على السن ، واعتبار الانبات ، لأن محله ليس من العورة ، وعلى تقديره فهو من مواضع الضرورة ، وعلى كل حال لا يمين ولا

لزم الدور ، لأن اعتباره موقف على البلوغ الموقوف على اعتباره ، وقد تقدم الكلام فيه في محله .

وفي غاية المراد « وربما ألحق به مدعي بنوة الصغير ولا منازع » بل فيها وفي المسالك أيضاً « مدعي أنه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية ، ومدعي تقدم الاسلام على الزنا بالمسلمة حذراً من القتل ، ومدعي فعل الصلاة والصيام خوفاً من التعزير ، ومدعي إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالثنية كاللحج والصلاة ، ودعوى الولي لإخراج ما كلف به من نفقة وغيرها ، والوكيل بفعل ما وكل فيه على إشكال فيها ، ودعوى مالك الدار لو نازعه المستعير والمستأجر في ملكية الكنز على قول مشهور ، ودعوى من أحرز الطعام أنه للقتل وإن زاد لا للاحتكار وقول المدعي مع نكول المنكر على القول بالقضاء به ، ومدعي الخلط في إعطاء الزائد عن الحق لا التبرع ، ودعوى المحللة الاصابة ، ودعوى المرأة فيما يتعلق بالحيض والطمهر في العدة وغيرها ، ودعوى الضر أنه الولد ، ومنكر السرقة بعد إقراره مرة لا في المال ، ومدعي هبة المالك ليسلم من القطع وإن ضمن المال ، ومنكر موجب الرجم الثابت باقراره ، ومدعي الاكراه فيه أو الجهالة مع إمكانها في حقه . ومدعي الضرورة في الكون مع الأجنبي مجردين ، ومنكر القذف بناءً على عدم سماع دعوى مدعيه بدون البينة ، ومدعي ردّ الودبعة في المشهور ، ومدعي تقدم العيب مع شهادة الجال » وفي المسالك « وضبطها بعضهم بأنه كل ما كان بين العبد وبين الله تعالى أو لا يعلم إلا منه ولا ضرر فيه على الغير ، أو ما تعلق بالحد أو التعزير » .

قلت : لا إشكال في قبول دعوى المسلم المحمول على الصحة قولاً وفعلاً مع عدم المعارض والمنازع ، خصوصاً ذوي الأيدي على ما في

أيديهم في تطهير وغيره ، وأما مع الخصومة المسموعة في جملة من هذه الأمور المذكورة فلا إشكال في اعتبار اليمين في كل من قدم قوله ، لتوقف انقطاعها عليه قطعاً ، نعم حيث لا خصومة ينبغي تصديق المسلم مع احتمالها ، حتى في مثل دعوى الوكالة على مالك الغير فضلاً عما لا يعلم إلا من قبله ، وبذلك يظهر لك النظر في الضابط المزبور ، بل وفي غيره حتى ما ذكرناه من الاشكال في قبول قول الولي والوكيل ، فتأمل .

المسألة السابعة :

﴿ لو مات ﴾ رجل ﴿ ولا وارث له وظهر له شاهد بدين ﴾ موجود أيضاً في روزنامته فأنكر من عليه دين ﴿ قيل ﴾ والقاتل الشيخ في المحكي من مبسوطه : ﴿ يحبس حتى يحلف أو يقر لتعذر ﴾ رد ﴿ اليمين في طرف المشهود له ﴾ بموته واستحالة تخليف المسلمين والامام (عليه السلام) . ﴿ وكذا ﴾ قال فيه أيضاً : ﴿ او ادعى الوصي ﴾ على الوارث ﴿ أن الميت أوصى للفقراء ﴾ وليس في كلامه ﴿ وشهد واحد ﴾ بذلك ﴿ وانكر الوارث ﴾ ذلك فالقول قوله بيمينه ، ولو نكل لم يمكن رد اليمين ، لأن الوصي لا يجوز له أن يحلف عن غيره ، والفقراء والمساكين لا يتعينون ، ولا يتأتى منهم الحلف . فقال قوم : يحكم بالنكول ويلزم الحق ، لأنه موضع ضرورة . وقال آخرون : يحبس الوارث حتى يحلف أو يعترف .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ في الموضعين إشكال ﴾ عند المصنف والفاضل ﴿ لأن السجن عقوبة لم يثبت موجهها ﴾ وفيه أن موجهها اقتضاء الدعوى المسموعة من المنكر اليمين أو الأداء بعد تعذر الرد .

واحتمال سقوط اليمين باحتمال كون الحق عليه مركباً من الحلف أو الرد - فتعذر الرد يسقط استحقاق الخصوصية ، وليس هو كالواجب المخير الذي يتعين أحد فرديه بتعذر الآخر ، وإنما هو من الحقوق المستحقة له وعليه - واضح الضعف ، ضرورة إطلاق الأدلة استحقاق اليمين على المنكر والمدعى عليه ، واستحقاق الردّ إنما جاء بنصوص آخر ظاهرة في استحقاقه على من يصح الرد عليه ، فينبغي حينئذ استحقاق اليمين على المنكر من حيث كونه كذلك على حسب ما استفيد من الإطلاق الأول وليس في أدلة الرد ما يقتضي لزوم ذلك للمنكر من حيث كونه منكراً على حسب استحقاق أصل اليمين عليه ، كما هو واضح بأدنى تأمل .
وحينئذ فالجلس المذكور في كلام الشيخ الذي وافقه عليه الشهيد في الدروس متجه .

وأما ما في المسالك - من أنه لو قبل هنا بالقضاء بالنكول وإن لم نقل به في غيره كان وجهاً، واحتمله غيره أيضاً - ففيه أنه لا دليل على إخراجهم بالخصوص ، وكأن ترك الشيخ ذكر الشاهد في الثاني دون الأول لعدم توقف صحة الدعوى فيها عليه، بخلاف الأول المفروض عدم علم الامام (عليه السلام) به إلا من الشاهد، وإن كان فيه ما عرفت من جواز الدعوى بدونه ، والأمر سهل .

لكن بقي شيء : وهو أن الظاهر عدم اختصاص حكم ذلك بالفرض المزبور ، ضرورة أنه لو كان له وارث لم يحلف مع الشاهد ، لأن المفروض عدم علمه بالدين ، وإنما وجد ذلك في روزنامته ، فيتعين له حينئذ بعد صحة الدعوى فيه اليمين على المنكر أو أداء الحق ، ولا فرق بين الامام (عليه السلام) وغيره من الورثة في ذلك .
نعم مع فرض علمها بتوجه اليمين من الوارث غير الامام (ع)

مع الشاهد : بخلاف الامام (عليه السلام) المعصوم من الخطأ والزلل وإن استعمل الموازين الشرعية والأصول المرعية ، لكنه مسدد في خصوصياتها التي استعملها عن الخطأ بخلاف غيره ، فهو منزّه عن انقلاب علمه جهلاً أو خطأً ، فلا يمين إنكار عليه ولا عليه بينة فيما يدعيه ، وقوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان ، وربما يكون بعضكم ألحن من الآخر بحجته » لا يريد وقوع الخطأ منه في حكمه ، بل المراد أن ما وضعته للقضاء من هذا الميزان قد يتفق فيه الخطأ لهم ، فن اقتطع له قطعة مع علم المقطوع له بذلك كأنما قطع له قطعة من نار ، وليس المراد نخطأه (صلى الله عليه وآله) لو استعملها ، فانه مطهر من الرجس ، تطهيراً ، فتأمل .

المسألة الثامنة :

﴿ لو مات وعليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل إلى الوارث ﴾
 عند المصنف وجماعة ﴿ وكانت بحكم مال الميت ﴾ وحيثئذ يتبعه البناء
 ﴿ وإن لم يحيط انتقل إليه ما فضل عن الدين ﴾ ولكن قد ذكرنا في
 كتاب الحجر (٢) وغيره أن الأقوى انتقالها إليه مطلقاً وقد اشبعنا الكلام فيه .
 ﴿ و ﴾ كيف كان فعلى الأول ﴿ في الحالين للوارث المحاكاة
 على ما يدعيه لمورثه ، لأنه قائم مقامه ﴾ في الحلف دون الغريم وإن
 تعلق به حقه ، وحيثئذ فلو أقام شاهداً حلف هو معه دون الديان ، نعم
 في القواعد وإن امتنع كان للديان إحلاف الغريم ، لتعلق حقه بالتركة ، فإن

(١) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) راجع ج ٢٦ ص ٨٩ - ٩٢ .

حلف برأ منه لا من الوارث ، فان حلف الوارث بعد ذلك كان للديان الأخذ من الوارث إن أخذ ، لأنه من التركة ، وفي الأخذ من الغريم إشكال ، ولعله من سقوط حقه عليه بإحلافه .

لكن فيه أن أخذه باعتبار صيرورته تركة بحلف الوارث . فهو مستحق له من هذه الجهة وإن سقط الاستحقاق من تلك الجهة . ومنه يعلم عدم الفرق بين أخذ الوارث له وعدمه .

نعم قد يناقش في أصل جواز تناول الغريم له مطلقاً باقتضاء اليمين التي قد ذهبت بما فيها عدم كونه تركة في حقه وإن صار تركة للوارث يمينه ، فلا يتعلق به حق الدين حينئذ ، كما أنه قد يناقش - لولا الإجماع على الظاهر - في أصل جواز الحلف للوارث مع الشاهد أو المردودة بناءً على بقاء التركة على حكم مال الميت بكونها حينئذ يميناً لاثبات مال الغير . وتعلق حقه بها على وجه تكون ملكاً له بإبراء الغريم مثلاً ونحوه لا يقتضي اختصاص جواز الحلف به دون الغريم المتعلق حقه أيضاً بالتركة ، ويستسمع إنشاء الله لهذا تنمة فيما يأتي .

❖ البحث الثالث في اليمين مع الشاهد ❖

لا خلاف ولا إشكال عندنا في أنه ❖ يقضي بالشاهد واليمين في الجملة استناداً إلى ❖ المقطوع به من ❖ قضاء رسول الله (صلى الله عليه وآله) وقضاء علي (عليه السلام) بعده ❖ على ما رواه العامة (١) والخاصة (٢) بل وافقنا عليه أكثر العامة .

(١) سنن السهقي - ج ١٠ ص ١٦٧ - ١٧٥ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم .

خلفاً لأبي حنيفة وأتباعه ، وقد قال للصادق (عليه السلام) (١) :
« كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد ؟ فقال الصادق (عليه السلام) :
قضى به رسول الله (صلى الله عليه وآله) وقضى به علي (عليه السلام)
عندكم ، فضحك أبو حنيفة ، وقال الصادق (عليه السلام) : أنتم تقضون
بشهادة واحد شهادة مائة ، يقال : ما نفعل ، قال : بلى تشهد مائة
فترسلون واحداً يسأل عنهم ثم تجزؤون شهادتهم بقوله » .

وقد دخل الحكم بن عتبة وسامة بن كهيل على أبي جعفر (عليه
السلام) يوماً فسألاه عن شاهد ويمين (٢) فقال : « قضى به رسول الله
(صلى الله عليه وآله) وقضى به علي (عليه السلام) عندكم بالكوفة ،
فقالا : هذا خلاف القرآن ، قال : وأين وجدتموه خلاف القرآن ؟
فقالا : إن الله عز وجل يقول : وأشهدوا ذوي عدل (٣) فقال لهما :
فقلوه : وأشهدوا ذوي عدل هو أن لا تقبلوا شهادة واحد ويميناً !
ثم قال : إن علياً (عليه السلام) كان قاعداً في مسجد الكوفة فر به
عبد الله التميمي ومعه درع طلحة ، فقال له علي (عليه السلام) : هذه
درع طلحة أخذت غلولاً يوم البصرة ، فقال له عبد الله : فاجعل بيني
وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين ، فجعل بينه وبينه شريحاً ، فقال
علي (عليه السلام) : هذه درع طلحة أخذت غلولاً يوم البصرة ،
فقال له شريح : هات على ما تقول بينة ، فأتاه بالحسن (عليه السلام)
فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولاً يوم البصرة ، فقال : هذا شاهد
ولا أقضي بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر ، قال : فدعا قنبر فشهد
أنها درع طلحة أخذت غلولاً يوم البصرة ، فقال شريح : هذا مملوك

(١) و (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١٣ - ٦ .

(٣) سورة الطلاق : ٦٥ - الآية ٢ .

ولا أقضي بشهادة مملوك ، قال : فغضب علي (عليه السلام) وقال : خذوها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات ، قال : فتحوّل شريح عن مجلسه وقال : لا أقضي بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات ؟ فقال له : ويلك أو ويحك إني لما أخبرتك أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة قلت : هات على ما تقول بيّنة ، وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : حيث ما وجد غلول أخذ بغير بيّنة ، فقلت : رجل لم يسمع الحديث ، فهذه واحدة ، ثم أتيتك بالحسن فشهد ، قلت : هذا واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر ، وقد قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بشهادة واحد ويمين ، فهذه ثنتان ، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة ، فقلت : هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك . ولا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً ، ثم قال : ويلك أو ويحك إمام المسلمين يؤتمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا .

وكان اقتصاره (عليه السلام) على خطائه ثلاثاً في هذه القضية على فهم شريح القاصر ، وإلا فهو مخطيء من وجوه آخر أيضاً قد أشار (عليه السلام) إلى بعضها ، وبذلك ظهر لك حال قاضيهم وحال الفقيهين لهم الحكم وسلمة وحال إمامهم الأعظم أبي حنيفة وسوء أدبه .

﴿ ويشترط شهادة الشاهد أولاً وثبوت عدالته ثم اليمين ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في كشف اللثام نسبته إلى قطع الأصحاب ، ﴿ و ﴾ حيثئذ ف ﴿ سلو بدأ باليمين ﴾ قبل الشهادة أو بعدها قبل التركية ﴿ وقعت لاغية وافتقر إلى إعادتها بعد الإقامة ﴾ لكن الانصاف عدم دليل واضح على ذلك غير أصالة عدم ثبوت الحق بدون ذلك بعد الشك في إرادة غيره من الإطلاق ، خصوصاً بعد الترتيب في أكثر

النصوص (١) التي وقفنا عليها .

نعم في المسالك تعليله بأن « المدعي وظيفته البينة لا اليمين بالأصالة فاذا أقام شاهداً صارت البينة التي هي وظيفته ناقصة ويتمسها اليمين بالنص (٢) بخلاف ما لو قدم اليمين ، فانه ابتداء بما ليس له وظيفة ، ولم يتقدمه ما يكون متمماً له ، وأما ثبوت عدالته فلا يترتب على شهادته بل المعتبر العلم بها قبل » .

وفي كشف اللثام أنه « استدلل له بأن جانبه حينئذ يقوى ، وإنما يحلف من يقوى جانبه ، كما أنه يحلف إذا نكل المدعى عليه ، لأن النكل قوياً جانبه » .

وهما معاً كما ترى ، ولعله لذا جواز بعض العامة تقدم اليمين على الأداء ، لتزيلها منزلة الشاهد الذي لا ترتب في شهادتها ، وآخر على التعديل . كل ذا مع أن ما سمعته من المسالك لا يتم على ما هو الأقرب ، كما في القواعد من أن الحكم إنما يتم ويصح بها معاً لا بأحدهما ، لأن النصوص (٣) تضمنت القضاء بهما ، ولتوقفه على كل منهما ، فيكون حجة مركبة منهما تمام كل واحد منهما موقوف على الآخر .

وربما احتمل ضعيفاً أن يكون بالشاهد بشرط اليمين ، كيمين الاستظهار مع بينة المدعي ، لأنها قول المدعي وهو ليس بحجة ، وأن يكون باليمين وحدها ، لأن المعلوم إنما يحصل بعدها ، ولأنها كالقسامة مع الشاهد .

وضعف الكل ظاهر ، وتظهر الفائدة في الغرم وقدره مع رجوع الشاهد ، فعلى الأول النصف ، وعلى الثاني الكل ، ولا يغرم شيئاً على

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم .

الآخر ، وربما قيل بغرمه بناءً على أن اليمين إنما تقوت به .
 ﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ سيثبت الحكم بذلك في الأموال ، كالدين
 والقرض والغصب ﴾ والالتقاط والاحتطاب والاسر ﴾ و ﴿ ما يقصد
 به المال كما ﴾ في المماوضات ، كالبيع والصرف والصلح والاجارة والقراض
 والهبة والوصية له والجنابة الموجبة للدية ﴾ أصلاً ﴾ كالخطأ ﴾ الخضر
 ﴾ وعمد الخطأ وقتل الوالد ولده والحر العبد وكسر العظام والجائفة
 والمأمومة ، وضابطه ما كان مالاً أو المقصود منه مالاً ﴾ بخلاف القصاص
 ونحوه وفقاً للمشهور ، بل عن الخلاف والسرائر الاجماع عليه .
 مضافاً إلى إطلاق ما ورد في القضاء بها خصوصاً مثل خبر
 أبي مريم (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) أجاز رسول الله (صلى
 الله عليه وآله) شهادة شاهد مع يمين طالب الحق إذا حلف أنه الحق .
 ونحوه خبر منصور بن حازم (٢) عنه (عليه السلام) أيضاً « كان
 رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب
 الحق » ومثله خبر البصري (٣) .
 وفي الفقيه (٤) « قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بشهادة
 شاهد ويمين المدعي ، وقال نزل عليّ جبرئيل بشهادة شاهد ويمين صاحب
 الحق ، وحكم به في العراق أمير المؤمنين (عليه السلام) » .
 بل في صحيح ابن مسلم (٥) عن أبي جعفر (عليه السلام) « لو
 كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين
 الخصم في حقوق الناس ، فأما ما كان من حقوق الله تعالى أو رؤية
 الهلال فلا » وقد سمعت خبر درع طلحة (٦) .

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٦) الو - تل - الباب - ١١ - من ابواب كيفية الحكم

الحديث ٩ - ٢ - ٨ - ١٤ - ١٢ - ٦ .

ج ٤٠ (ثبوت الحكم بالشاهد واليمين في الأموال والمعارضات وبعض الجنائيات) - ٢٧٣ -

خلافاً لما عن النهاية والاستبصار والغنية والمراسم والاصباح والكافي من التخصيص بالديون ، بل في الغنية الإجماع عليه ، ولعله لخبر حماد (١) « سمعت الصادق (عليه السلام) يقول : كان علي (عليه السلام) يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي » .

وخبر أبي بصير (٢) « سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد ، فقال : كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق ، وذلك في الدين » .

وخبر القاسم بن سليمان (٣) « سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده » .

وخبر محمد (٤) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ، ولم يكن يجيز في الحلال إلا شاهدي عدل » .

بل عن الشيخ في الاستبصار حمل إطلاق النصوص السابقة على التقييد في هذه النصوص ، وخبر درع طلحة (٥) إنما أنكر أمير المؤمنين (عليه السلام) على إطلاق قول شريح : « ما أقضي إلا بشاهد آخر معه » ضرورة عدم كون خصوص المقام مما يكتفى فيه بالشاهد واليمين من الوالي . نعم قد يقال : إن حمل المطلق على المقيد إنما يصح بعد فرض التقييد وعدم قوة المطلق من حيث كونه مطلقاً . وهما معاً ممنوعان ، لا مكان عدم إرادة التقييد في النصوص السابقة ، ضرورة أن القضاء بهما في الدين أو

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث

جوازه لا يقتضي عدم القضاء ولا عدم جوازه بغيره .
 هذا بعد الاغضاء عن قصور السند ولا جابر له ، لما عرفت من
 أن المشهور التعدية ، بل قد سمعت دعوى الإجماع عليه من الشيخ والحلي ،
 بل من الفاضل في المختلف نفي الخلاف فيه ، حيث حمل كلام النهاية على
 المال المطلق ، بل ادعى الإجماع فيه في محل آخر . وفي الرياض « وهو
 ظاهر في ورود الدين بالمعنى العام الشامل له » بل يظهر من مجمع البحرين
 وروده لمطلق الحقوق ، وعليه يمكن حمل عبارة من عدا النهاية عليه أيضاً ،
 فبرفع الخلاف . ولعله لهذا لم يشر إلى الخلاف هنا أحد من الأصحاب
 وإن كان فيه ما فيه .

نعم قد يستفاد من المقابلة في الخبر الأخير (١) أن المراد به الأعم ،
 لكن مقتضاه بل ومقتضى صحيح ابن مسلم وغيره (٢) مما اشتمل على لفظ
 « الحق » عموم ذلك لكل حق للناس حتى القصاص والوصاية والوكالة
 ونحوها ، لا خصوص المال ، نعم تخرج الشهادة على الحلال الذي لا وجه
 للحلف عليه من حيث إنه كذلك من أحد ، وكذا غيره من الموضوعات
 العامة التي لا حق بالخصوص فيها لأحد ، وإنما يراد ثبوتها لتترتب الأحكام
 الشرعية ، وكذا كل ما لم تشرع اليمين فيه مثل حقوق الله تعالى التي هي
 أيضاً لا دعوى لأحد بالخصوص فيها .

وبالجملة كل ما تشرع فيه ردّ يمين الإنكار على المدعي بشرع فيه
 الشاهد واليمين ، لأن الظاهر كون هذه اليمين يمين المنكر صارت للمدعي
 الذي له شاهد ، وحيث لا اجتهاد في النصوص يقتضي الاختصاص بالدين
 أو التعميم لكل حق ، إلا أن الأصحاب على خلاف ذلك ، بل جعلوا

(١) الرسائل - الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الرسائل - الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١٢ و ٥ و ٨ .

ضابطه المال أو المقصود منه المال ، ولعلمهم فهموا من نصوص الدين ذلك وحملوا عليها نصوص الحقوق أو أنهم عملوا بالمرسل عن ابن عباس « إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال : استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار عليّ بذلك في الأموال ، وقال : لاتعدو ذلك ، ولكن ليس هو من طرقنا ولا معروف النقل في كتب فروعنا ، وإنما رواه في المسالك ، بل لعل مضمونه لا يوافق أصول الشيعة ، ويمكن أن يكون من محرفات العامة ، لأنك قد سمعت ما نزل به جبرئيل عليه (صلى الله عليه وآله) في الخبر السابق (١) وربما تسع إنشاء الله فيها يأتي زيادة تنقيح لذلك .

وكيف كان فلا إشكال في الاجتزاء بها مع المرأئين القائمتين مقام رجل في الشهادة ، كما عن الأكثر ، خصوصاً بعد خبر منصور بن حازم (٢) قال : « حدثني الثقة عن أبي الحسن (عليه السلام) أنه قال : إذا شهدت لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز » وحسنة الحلبي (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه الحق » .

فما عن ابن إدريس - من المنع لعدم الاجماع والتواتر - مبني على أصله من انحصار الدليل بذلك ونحوه . نعم ما عن التحرير من الجزم بالعدم في هذا الكتاب واضح الضعف ، خصوصاً بعد مخالفته ذلك في المحكي عنه في كتاب الشهادة من الجزم بالقبول من غير نقل خلاف .
﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ سني ﴾ ثبوت ﴿ النكاح ﴾

بالشاهد واليمين **﴿** تردد **﴾** وخلاف ، فمن المشهور عدم ثبوته بالشاهد واليمين مطلقاً ، لأن المقصود منه بالذات التنازل والمهر ، والنفقة من التوابع ، وفي القواعد « الأقرب الثبوت إن كان المدعي الزوجة » ووافقه عليه في المسالك ، ولعله لأنها تثبت مهراً ونفقة بخلاف الزوج ، وعن بعضهم تقييده بما إذا كان دعواها بعد الدخول أو التسمية ، لأنها يثبتان المال ، وضعفه في المسالك بأن النفقة لا تتوقف على الأمرين ، ومفوضة المهر تدعي مهراً في الجملة مطلقاً . ولا يخفى عليك ما فيه .

ولو ماتت الزوجة كانت دعوى الزوج تتضمن المال وهو الميراث بل في كشف اللثام لعله ليس من دعوى النكاح ، بمعنى أنهم لم يريدوا بها ما يعمه ، بل في المسالك يمكن تضمن دعوى الزوج المال مطلقاً نظراً إلى استحقاقه إياه .

﴿ أما الخلع والطلاق والرجعة والعنق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية إليه وعيوب النساء فلا **﴾** يثبت شيء منها بهما ، لخروجها عن الضابط المزبور ، بل لعله من الواضح في الطلاق والنسب والوكالة والوصية إليه والعيوب ، بل في كشف اللثام في شرح عبارة الفاضل « عدم ثبوت الطلاق بهما » زيادة « وإن استلزم تنصيف المهر أو سقوط النفقة ، والرجعة وإن استلزم النفقة ، والعنق وإن كان الرقيق مالاً ، والكتابة وإن استدعت مالاً ، والتدبير والنسب وإن استلزم إرثاً أو نفقة ، والوكالة وإن كانت في مال وبجعل والوصية إليه وإن كانت كذلك ، وعيوب النساء وإن استتبعت براءة عن المهر أو رداً للثمن وغرامة » .

بل في المسالك الاتفاق على عدم ثبوت الرجعة بهما ، لأنها لا توجب مالاً ، إذ النفقة يوجبها النكاح الأول لا هي . نعم قد يتوقف في الخلع

إذا ادعاه الزوج وإن أطلق جماعة المنع منه ، بل في الروضة نسبته إلى الأكثر لتضمنه حيثئذ دعوى المال وإن انضم إليه أمر آخر . بل في الروضة ينبغي القطع بثبوت المال كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين في غيره كالسرقة ، فإنهم قطعوا بثبوت المال ، وقواه في الرياض ، وحكى عن الدروس الجزم به ، وفي المسالك الوجه قبوله بهما ناقلًا عن العلامة في أحد قوله .

وأما العتق فالمشهور عدم ثبوته بهما ، لمعومية عدم مالية الحرية ، ولكن عن بعضهم ثبوته بهما ، لتضمنه المال من حيث إن العبد مال للمولى ، فهو يدعى زوال المالية ، وظاهر الدعة عدم الخلاف في المنع من القبول في التدبير والكتابة والاستيلاء ، لكن في الروضة ظاهره عدم الخلاف . مع أن البحث آتٍ فيها ، وفي الدروس ما يدل على أنه بحكم العتق لكن لم يصرحوا بالخلاف ، فلذا أفردها ، وفي المسالك اختلف كلام الفاضل في القواعد والتحرير ، ففي كتاب العتق والتدبير قطع بثبوتها بهما من غير نقل خلاف ، وفي هذا الباب قطع بعدم ثبوتها بهما كذلك ، وتوقف في الدروس مقتصرًا على نقل القولين ، وله وجه .

﴿ وفي الوقف إشكال ﴾ بل وخلاف ، فعن الشيخ في الخلاف المنع مطلقا ، وعنه في المبسوط والمحكي في السرائر والحلبي والفاضل وغيرهم ثبوته بهما مطلقا . وفي الدروس والمسالك وغيرها الثبوت بهما إذا كان خاصا ، وقد ذكر غير واحد أن ﴿ منشأ ﴾ أي الاشكال والخلاف ﴿ النظر إلى من ينتقل ﴾ فهل هو إلى الموقوف عليهم أم إلى الله تعالى أم الأول مع الانحصار والثاني مع عدمه أو يبنى على ملك الواقف ؟ وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك في كتاب الوقف .

﴿ والأشبه ﴾ عند المصنف وغيره ﴿ القبول ، لانتقاله إلى الموقوف

عليهم ، لكن قد يشكل في مثل العام بعدم صحة اليمين من أحد الموقوف عليهم وإن قلنا بالانتقال فيه إلى الموقوف عليهم ، ضرورة كونهم حيثئذ كستحق الزكاة والخمس والوصية على الوجه العام ، كما أنه قد يشكل أصل المنشأ المزبور بإمكان القول بالاكتفاء بملك المنفعة الذي لا إشكال في كونها ملكاً للموقوف عليهم وإن لم نقل بكونه ملكاً لهم ، وفي القواعد في كتاب الشهادات ، الأقرب جريانها في حقوق الأموال كالأجل والخيار والشفعة وفسخ العقد وقبض نجوم الكتابة وفي النجم الآخر إشكال ، إلى غير ذلك من كلماتهم المبتنية على اندراج مثل هذه الأفراد في الضابط المزبور وعدمه .

وفي الرياض ، لابد من تحقيق معنى تعلق الدعوى بالمال الموجب لقبول القضاء بها هل هو التعلق المقصود بالذات من الدعوى أو مطلق التعلق ولو بالاستتباع ؟ والذي يقتضيه النظر في كلماتهم أن المراد به هو الأول ، ولذا لم يشتوا بها النسب والرجعة بلا خلاف أجده ، بل عليه الوفاق في المسالك مع أنها يستتبعان المال من النفقة ونحوها بلا شبهة ، وحيثئذ فالأقوى في النكاح عدم الثبوت مطلقاً وفي الخلع على التفصيل ولي في الثالث توقف ، ولكن الأصل يقتضي العدم مع كونه أشهر .

ولا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة عدم ثبوت كون العنوان للحكم التعلق بالمال في شيء من النصوص المروية من طرقنا كي يرجع في المراد منه إلى العرف ، وكلامهم غير منقح ، بل فيه من التشويش ما لا يخفى ، بل لم يعلم كون المراد بالتعلق المزبور ذاتاً أو حوال الدعوى ، كما إذا ادعى أنه ابن الرجل المزبور ليجوز إرثه ، نحو دعوى الرجل أن المرأة زوجته بعد موتها ليحصل الارث الذي جعلوه خارجاً عن مسألة النكاح بل قد سمعت ما في الروضة في الخلع من ثبوت المال بها دون السبب

نحو السرقة ، مع أن ذلك جار في جميع الأسباب التي لا إشكال عندهم في ثبوتها بها ، كما هو ظاهر ضابطهم المزبور .
ومن الغريب اتفاقهم على خروج الوكالة على المال وإن كانت يجعل ، وكذا الوصية ، واختلافهم في العتق .

وبالجملة كل من أعطى النظر حقه في كتمانهم وخلع ربة التقليد يعلم أنها في غاية التشويش، والسبب فيه هو الضابط المزبور الذي لم نجده في شيء من النصوص ، وإنما الموجود فيها عنواناً للحكم « حقوق الناس » بعد عدم تقييدها بنصوص الدين ، ولو للتجاوز فيه بإرادة ذلك منه ، خصوصاً بقرينة المقابلة بذكر ما لا يثبت به من الهلال وحقوق الله تعالى . مؤيداً ذلك بما سمعته فيها من ذكر يمين المدعى ويمين صاحب الحق ، بل وبما تقدم سابقاً من الخبر (١) المشتمل على أن استخراج الحقوق بأربعة ، وعدتها منها الشاهد واليمين الظاهر في كونه مثلها في ذلك .

بل قد عرفت سابقاً أنه بالتأمل في نصوص المقام يستفاد منها أن اليمين الذي مع الشاهد هو يمين المنكر الذي لو شاء ردّها على المدعي ، وحينئذ يكون الميزان ما يثبت بها ، ولكن حيث إن جملة من أوباش الناس لا تحمل عقولهم هذا الخلاف كان المتجه القول بأن عنوان الحكم هو ما ذكرناه ، ولكن كل ما ثبت إجماع محقق على عدم ثبوته بالشاهد واليمين وإن كان هو حقاً للناس قلنا به وإلا فلا ، وحينئذ كل أفراد الخلاف داخلة فيما ذكرناه من الضابط وإن خرجت عما ذكرناه من الضابط ، والله العالم .

﴿ ولا تثبت دعوى الجماعة ﴾ مالا بينهم مثلاً ﴿ مع الشاهد إلا مع حلف كل واحد منهم ﴾ لأنها تنحل إلى دعاوى متعددة وإن

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٤ .

كانت هي واحدة بالظاهر ، على أنك ستعرف الإجماع ظاهراً على عدم ثبوت اليمين مال آخر ، فلو اجتريء هنا يمين أحدهم كما استظهره المقدس البغدادي إن لم يكن إجماعاً ثبت به حيثنذ مال الغير ، فلا وجه لاحتماله كما لا وجه لاحتمال توقف ثبوت الدعوى على الحلف من الجميع بحيث لو حلف أحدهم لم يثبت ما يخصه أيضاً ، ضرورة مخالفته لاطلاق الأدلة أجمع ، فتعين حيثنذ ما سمعته أولاً من الأصحاب بلا خلاف نجده فيه بينهم ، بل ولا إشكال بعد ما عرفت .

﴿ و ﴾ حيثنذ ف ﴿ سلو امتنع البعض ﴾ من الحلف ﴿ ثبت نصيب من حلف ﴾ لاندراجهم في جميع الأدلة السابقة ﴿ دون الممتنع ﴾ بل في القواعد « ليس لولد الناكل بعد موت أبيه أن يحلف » ولعله لأنه إنما ينتقل إليه من أبيه ما ملكه ، ومع النكول يسقط الملك .

لكن فيه أنه لم يثبت سقوط الحق بمثل هذا النكول الذي هو ليس نكولاً عن اليمين المردودة ، ولهذا قال هو بعد ذلك : « ولو أقام شاهداً واحداً ونكل عن اليمين معه احتمل أن يكون له الحلف وعدم القبول إلا بشاهد آخر » ولو أن هذا النكول مثل النكول عن اليمين المردودة لم يقبل منه حتى لو أقام شاهداً آخر ، فالنتجه أن نكوله عنه تأخير للدعوى التي لم يجبر عليها . وحيثنذ فلولده الحلف بعد موت أبيه مع نكوله فضلاً عما لو لم ينكل .

لكن في كشف اللثام أنه « يحلف كان لوالده إن كان يعلم ، لعدم سقوط الملك وقيام الوارث مقامه ، ولكن لا يكفيه هذا الحلف إلا إذا لم يثبت المدعى عليه البراءة أو الانتقال ولم يحلف على عدم استحقاق الولد ، بخلاف الوالد ، فإنه يحلف على استحقاقه الآن ، فلا يحلف المدعى عليه على العدم » وكان مرجعه إلى الفرق بين يمين الوالد والولد

فيها لو فرض أن المدعى عليه ادعى عدم استحقاق الولد لذلك ، فإنه يسمع منه ذلك ، وحينئذ لو حلف على ذلك لم ينفع يمين الولد ، فإن ثبوته لأبيه أعم من استحقاقه له بخلاف يمين الوالد ، فإنه لا يجري فيها شيء من ذلك ، ضرورة كون صورتها أنه الآن مستحق له ، فلا وجه لدعوى عدم استحقاقه له ولا لليمين على ذلك ، ولكن لا يخلو من نظر .

ثم قال : « ولو أقر المدعى عليه بعد موت الوالد وشهد به واحد كان للولد الحلف بعد الشهادة ، كما كان يحلف الوالد ، وكفاه إن لم يثبت المدعى عليه البراءة أو الانتقال بعد إقراره ، وهذا الحلف ليس مما قام فيه مقام الوالد ، ولا هذه الدعوى دعواه » .

وعلى كل حال ففي وجوب إعادة الشهادة لحلف الولد إشكال في القواعد أقواه عندنا عدم الوجوب ، للأصل وغيره بعد اتحاد الدعوى وقيام الوارث منها مقام المورث ، فتغاير المدعين لا يعددها، ولو ورث الناكل الحالف قبل الاستيفاء استوفى المحلوف عليه ، لثبوت ملكه له ما لم يكذبه في الدعوى ، لأخذه بإقراره .

﴿ ولا يجوز أن يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً ﴾ وإن كان هو مقتضى الأصول العقلية ، وقد تقدم جملة من الكلام فيه ، لما سمعته من النصوص (١) المصرحة بذلك ، إلا أن من المقتطوع به جواز الحلف على ما تقتضيه اليد من الملك ، كما سمعت التصريح به في الخبر (٢) السابق ، وإنما المراد هنا عدم جواز حلف الوارث مثلاً بما يجده مكتوباً بخط والده أو بما يشهد له به شاهد، خلافاً لبعض العامة، فجوز الحلف على شهادة شاهد واحد ، أما لو شهد له به شاهدان فقد

(١) الوسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب الأيمان .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٥ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ .

يقال بالجواز ، لأنها حجة شرعية ، بل قد يحتمل جواز الحلف على مقتضى استصحاب الموضوع الثابت ، لكنه لا يخلو من إشكال بل منع فيها ، لعدم العلم المعتبر في الحلف الذي لم يثبت قيام نحو ذلك مقامه في الفرض ، بل لعل الثابت خلافه .

﴿ ولا يثبت مالا لغيره ﴾ وإن تعلق له به حق بلا خلاف ، بل قد يظهر من المسالك وغيرها الإجماع عليه ، ولا إشكال ، للأصل السالم من معارضة ما دل على الثبوت بها بعد ظهوره في المدعى لنفسه ، لكن في كشف اللثام « إلا الولي لمال المولى عليه » ، فإن الحالف إما المنكر أو المدعى له ، أما الولي فقله بمنزلة قول المولى عليه « ولم أجده لغيره » ، بل إطلاقهم يقتضي خلافه .

وحيث ﴿ فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد فإن حلف الوارث ﴾ لأنه المالك للتركة عندنا وإن كان الدين مستوعباً ﴿ ثبت ﴾ وإن تعلق به حق الديان .

نعم قد يستشكل فيما لو كان الدين مستوعباً مثلاً وقلنا ببقاء التركة على حكم مال الميت ، فإن يمين الوارث حينئذ لا يثبت مال الغير ، إلا أن ظاهرهم الاتفاق على جواز حلفه على كل حال ، لأن له تعلقاً به على وجه يكون له ببراء الديان مثلاً .

وفيه أن التعلق لا يكفي في جواز الحلف لاثبات مال الغير ، اللهم إلا أن يكون مثل هذا التعلق كافياً . ومنشأ ظهور الأدلة ، بل قد يدعى معلومية قيام الوارث مقام مورثه في مثل ذلك ، فله الحلف حينئذ على ماله ، ثم يتبعه التعلق بالدين ، وربما يخرج على جواز حلفه كذلك تبعية الوصية ، بل صريح بعضهم أنه بعد الحلف يتعلق بالمال الوصايا والديون ، وهو كذلك في الوصايا التي تكون كالديون ، وهي الكلية المتعلقة بالتركة

تعلق الدين ، بل قد يقال : إن التركة معها ملك الوارث وإن وجب عليه أداؤها منه إلا على احتمال انحلالها إلى حصة مشاعة من التركة ، بناءً على أن الكلي في الخارج لا يكون إلا عليها ، ولكن فيه بحث أو منع قد ذكرناه في محله .

أما الوصية بانثلث على وجه لا تعلق للوارث به فإن قلنا بكونه ملكاً للوارث تحرزاً من بقاء المال بلا مالك لخروج الميت عن قابليته ابتداءً واستدامةً لم يكن إشكال في جواز حلقه أيضاً ، أما إذا قلنا ببقائه على حكم مال الميت فقد يشكل جواز حلقه بكونه لاثبات مال الغير ، والفرص عدم التعلق به كما في المال المتعلق به الدين ، لخروجه بالوصية عن إرث الوارث ، وليس في الأدلة ما يقتضى قيام الوارث مقام المورث حتى في هذا الذي لا تعلق للوارث به في وجهه .

ألهم إلا أن يقال : إنه قد ورث حق الدعوى به وإن صار بعد الثبوت على حكم مال الميت ولا تعلق للوارث به ، ولكنه كما ترى ، ولم أجد ذلك محرراً في كلام الأصحاب .

وربما ينقدح من هذا الإشكال في الحلف من المالك على العين التي تعلق بها الخمس والزكاة ، لأنه أيضاً حلف لاثبات مال الغير ، لكن السيرة على خلافه ، ولعلها لبقاء تعلقه بها ، والأولى إذا أراد الحلف أن ينقلها إلى ملكه بما يقابل الخمس في ذمته حتى يتمحض له ، لأنه مخير في دفعه منه ومن غيره .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ إن امتنع ﴾ الوارث ﴿ لم يحلف الغريم ﴾ على أنه ملك الميت ، ولا يجبر الوارث على الحلف ، للأصل وغيره ، ولكن للغريم إحلاف المدعى عليه ، لأن له تعلقاً بذلك ، فإن أحلفه برأ من الغريم ولم يبرأ من الوارث ، فإن حلف الوارث كان للغريم

أخذه من حيث ثبوت كونه تركة ، بل يقوى جواز مطالبته به قبل قبض الوارث له ، وإن استشكل فيه الفاضل من إخلاله ، لكن فيه أن سقوط استحقاقه عليه من جهة لا ينافي الاستحقاق من جهة أخرى ، كما أسلفنا الكلام فيه .

﴿ وكذا لو ادعى رهناً وأقام شاهداً أنه ﴾ ملك ﴾ للراهن لم يحلف ﴾ على أنه ملك الراهن ﴾ لأن يمينه لإثبات مال الغير ﴾ حيثئذ لكن في الدروس الاشكال في ذلك مما عرفت ومن ثبوت النفع ، إلا أنني لم أعرفه لغيره من أصحابنا ، وإنما هو محكي عن بعض العامة ، نعم لو ادعى الرهانة وأراد إثباتها من غير تعرض للمالك لم يبعد إثباتها بالشاهد واليمين ، ولا ينافيها كونه ملكاً للغير ، فإنه يمكن تعلق الرهانة به وإن كان ملكاً للغير ، بل لو ادعى غريم الميث أن له حق الوفاء من هذه العين من غير تعرض للمالكها أمكن الثبوت وإن لم يثبت أنها تركة ميت ، إلا أنني لم أر مصرحاً بذلك ، ولعله لتوقف ثبوت حق الاستيفاء له على كونه تركة للميت ، والفرض عدم ثبوتها يمينه ، وبذلك يفرق بينه وبين الأول ، فتأمل .

﴿ ولو ادعى الجماعة مالاً لموثرهم وحلفوا ﴾ أجمع ﴾ مع شاهدهم ثبت الدعوى ﴾ بلا خلاف ولا أشكال ﴾ وقسم بينهم على الفريضة ، ولو كان وصية قسمته بالسوية ﴾ لظهورها في ذلك ﴾ إلا أن يثبت التفضيل ﴾ من الموصي ﴾ ولو امتنعوا لم يحكم لهم ﴾ لعدم تمام الحجة .

﴿ ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركة ﴾ لإطلاق أدلة القضاء بالشاهد واليمين ، وانحلال دعوى الجماعة إلى دعاوى متعددة ، كما عرفت في المسألة السابقة ، وحيثئذ لم يكن للممتنع معه شركة ، لأنه

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى الجماعة مالا لورثهم فحلف البعض دون آخر) - ٢٨٥ -

بتركه لليمين قد أبطل حجته وأسقط حقه ، فصار بمنزلة غير الوارث .
وفي المسالك « وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما لو ادعى على
آخر مالا وذكر اسبباً موجباً للشركة كالارث ، فانه إذا أقر لأحدهما
شاركه الآخر فيما وصل إليه ، فخص بعضهم هذا بالدين وذلك بالعين ،
لأن أعيان التركة مشتركة بين الورثة ، والمصدق معترف بأنه من التركة
بخلاف الدين ، فانه إنما يتعين بالتعيين والقبض ، فالذي أخذه الخالف
تعين لنفسه بالقبض ، فلم يشاركه الآخر فيه ، وهذا الحكم مبني على ما
إذا استوفى بعض الشركاء نصيبه من الدين هل يشاركه الآخر أم لا ؟
وهذه التخصيصات لا توافق مذهب المصنف من مشاركة الشريك في الدين
فما قبضه الآخر منه ، ومع ذلك فلو انعكس الفرض انعكس الحكم ، .
قلت : الذي صرح بالفرق الفاضل في التحرير ، فانه قال على ما
حكى عنه : « ولا شركة للغائب فيما أخذ الحاضر إذا كانت الدعوى ديناً ،
أما لو كانت عيناً وأخذ نصيبه منها بالشاهد واليمين فان الغائب إذا حضر
وامتنع من اليمين أخذ نصيبه مما أخذ ، كما لو ادعى الوارثان عيناً فأقر لأحدهما
فصالحه كان للآخر الشركة » .

وقال في الارشاد في كتاب الشهادات في مفروض المسألة : « ولو
استوفى الحاضر حصته من الدين لم يسأله الغائب ، وإن كان عيناً سألته » .
وقال في القواعد في مفروض المسألة : « هل للموكل عليه منهم
شركة فيما يقبضه الخالف ؟ الأقرب ذلك إن كل وحلف » .

وعله شارحه الاصبهاني بأن الارث أو الوصية سبب لاشتراك الكل
بالاشاعة والمفروض اعتراف الخالف بالسبب المشترك ، والاستيفاء ليس
بقسمة ، ثم قال الشارح المزبور : « وهو ظاهر في العين دون الدين »
لأنه يتعين بالقبض ، وأما إذا لم يحلف فقد أسقط حقه ، وبمحتمل الشركة

وإن لم يحلف ، لاعتراف القابض بشركته بالاشاعة وأن القسمة بغير
إذنه ، فباعترافه لم تقع مرقعها ، والعدم مطلقاً للحكم بانتزاع ما قبضه ،
فهو أبلغ من القسمة بالتراضي .

وفي المسالك «أنه فرق آخرون بين الإقرار وبين المقام بأن المدعي
هناك تلقى الملك من إقرار ذي اليد ثم ترتب على ما أقر به إقرار المصدق
بأنه إرث ، فلذلك شاركه فيه ، بخلاف ما هنا ، فإن السبب هنا الشاهد
واليمين ، فلو أثبتنا الشركة للملك الناكل يمين غيره ، وبعد أن يمنع
الإنسان من الحلف ثم يملكه بحلف غيره ، مع أن اليمين لا تجرى فيها
النيابة ، وعلى هذا فلا يفرق بين العين والدين - وأشكله فيها - بأن سبب
الملك ليس هو اليمين بل الأمر السابق من إرث أو وصية وغيرها ،
واليمين إنما كشفت عن استحقاقه السابق ورفعت الحجر عنه - ثم قال - :
ولو فرض حلف الآخر بعد ذلك فإن كان قبل الدفع إلى الأول فلا كلام ،
وإن كان بعده ففي مشاركة الثاني له وجهان : من وجود السبب المقتضي
لشركة ، وسبق الحكم باختصاص الأول بها حلف عليه وقبضه ، وتظهر
الفائدة في المشاركة في النماء الحاصل قبل يمين الثاني .

وفي الدروس بعد أن ذكر نحو ما سمعته من التحرير قال : « ويشكل
بالتوى أن الشريك في الدين يأخذ نصيبه من شريكه - إلى غير ذلك من
كلماتهم المشوشة في المسألة .

والتحقيق عدم الفرق بين الدين والعين بعد تحقق سبب الشركة
فيها ، إذ الدين عين أيضاً ، إلا أنها كلية ، وقد تقدم التحقيق في الشركة
بالدين أنه إذا قبض بعض الشركاء لنفسه ودفعه المديون له أيضاً كذلك
لم يختص به عن الشريك الآخر لو فرض إجازته القبض وفاءً عن الدين
المشترك ، خلافاً لابن إدريس ، وقد ذكرنا النصوص والفتاوي على

ج ٤٠ (حكم ما ادعى الجماعة مالاً لمورثهم فحلف البعض دون آخر) - ٢٨٧ -

خلاله ، ضرورة عدم ولاية للمديون على تعيين الحصة المشاعة التي هي للشريك في عين خارجية وإن اتفق معه ، نعم لو أراد الاستقلال بذلك صالحه عن حصته المشاعة بعين أو حول عليها على إشاعتها أو نحو ذلك مما ذكرناه في وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى في العين .

ومنه يعلم النظر فيما في التحرير من حقوق الشريك للآخر لو صالحه عن حصته في العين زيادة على ما سمعته منه ومن غيره من اختصاص الشريك عن الغائب فيما يقبضه بالشاهد واليمين من حصته في الدين .

وأغرب من ذلك ما سمعته من المحكي في المسالك من الفرق المزبور بين الاقرار وغيره ، ضرورة أن حقوق الشريك فيما قبضه الآخر بيمينه ليس لاثبات حقه بيمين غيره مع فرض نكوله ، بل هو لاعتراف القابض باشاعة الدين وإن توصل هو إلى قبض بعضه بعنوان أنه حصه له بيمينه ، لكن ذلك لا يغير الواقع وما في النفس الأمر . وأغرب منه ما سمعته من الاحتمالات في كشف اللثام .

نعم قد يتجه اختصاص الشريك في الدين والعين بما يقبضه منها إذا لم يعلم بقاء سبب الشركة ، لاحتمال الإبراء من شريكه أو نقله بحصته على الاشاعة أو نحو ذلك ، والعلم السابق بمحصل مقتضى الشركة لا يقتضي التشريك فيما يدفعه المديون أو من في يده العين منها مع عدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع ، بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع ، كما لو رضي بيمينه أو نكل عن يمين ردت عليه أو نحو ذلك . وحينئذ فالحكم الظاهري لم يعلم فساد ، كما لم يعلم عدم تامة ما قصدها معاً من الاختصاص بعد عدم حجية الأصول المثبتة عندنا .

بل قد يقال باختصاصه في هذا الحال مع غيبة الشريك الآخر وإن جاء وحلف ، لكن ذلك لا يقتضي التشريك في حق القابض الأول ، إذ

يمكن كذبه يمينه ، كما يمكن ذلك في الأول ، فلا يلحق أحدهما الآخر إلا مع تداع جديد بينهما .

﴿ و ﴾ بذلك بان لك اخلال في جميع أطراف المسألة حتى ﴿ لو كان في الجملة مولى عليه ﴾ لصغر ونحوه ، فانه لم يحلف وليه لكون المال لغيره ، ولكن ﴿ بوقف نصيبه ، فان كمل ورشد حلف واستحق وإن امتنع لم يحكم له ﴾ وفي شركته للقباض الأول حلف أو لم يحلف وشركة الآخر له على تقدير حلفه ما سمعته ، وليس للولي مطالبة المديون بكفيل إلى أوان الحلف على الأصح ، كما أنه لا يجب على الوالي أخذ نصيب المولى عليه من الغريم ، لعدم الثبوت وإن تردد في محكي التحرير في نصيب الغائب ، واحتمل في كشف اللثام الفرق بين العين فيؤخذ والدين فلا .

﴿ وإن مات ﴾ المولى عليه مثلاً ﴿ قبل ذلك كان لوارثه الحلف ﴾ أنه لموثر موثره ﴿ واستيفاء نصيبه ﴾ كما سمعته في غيره ، والأقوى عدم احتياج إعادة الشهادة حتى في الوصية ، لكن في كشف اللثام إن كان الدعوى في الارث لم يفتقر إلى إعادة الشهادة وإن لم يأت الولي بالشاهد ، وإن كان في الوصية افتقر إن لم يأت الولي به ، والفرق أنه ثبت في الأول أولاً ملك الموثر ، وهو ملك واحد ، بخلاف الثاني ، وفيه أن اطلاق الأدلة يقتضى أعم من ذلك ، كما أومأنا إليه سابقاً في دعوى الجماعة غير الورثة .

هذا كله بالاثبات بالشاهد واليمين ، أما إذا كان بالبينه فلا خلاف عندهم في انتزاع حصة الغائب أو المولى عليه من العين والدين ولو من الحاكم الذي هو ولي الغائب في نحو ذلك ، كما لو علم بالاستحقاق ، نعم في الدروس احتمال بقاء حصة الغائب في الدين واستبعده .

وقد يشكل أصل الأخذ بأن الينة وإن كانت حجة شرعية إلا أنها لمن ادعى بها بنفسه أو وكيله أو واه لا مطلقاً ، وبدفع باطلاق ما دل على حجيتها ما لم يعلم فسادها ، على أن الولي لها ولو الحاكم الذي يتوقف استقلال الحاضر على نصيبه على مقاسمته له ، فتأمل جيداً .

﴿ مسائل خمس : ﴾

﴿ الأولى : ﴾

﴿ لو قال : هذه الجارية ﴾ التي في يد زيد مثلاً ﴿ مملوكتي وأم ولدي ﴾ وأنكر زيد وأقام شاهداً على ذلك ﴿ حلف مع شاهده وثبت ﴾ بذلك ﴿ رقيتها ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لأنها مال وإن كانت أم ولد ، ولكن يختص الثبوت بها ﴿ دون الولد ، لأنه ليس مالاً ﴾ حتى يثبت بالشاهد واليمين ﴿ و ﴾ إن كان ﴿ يثبت لها حكم أم الولد ﴾ من عدم جواز بيعها وغيره ﴿ باقراره ﴾ وحينئذ فيثبت من تلك الدعوى المتضمنة لأمر أربعة إثنان : كونها مملوكته ، والثاني أنها أم ولد ، الأول بالشاهد واليمين والثاني بالاقرار ، ويبقى لحق الولد به ، ويتبعه كونه حراً ، ولا ريب أن الشاهد واليمين لا يثبت النسب عند الأصحاب ، نعم يلحقه حكم الولد من حيث الاقرار ، فهو حينئذ كدعي بنوة عبد الغير ، وقد تقدم البحث فيه في محله ، والوجه ثبوت حرية على تقدير انتقاله إلى ملكه في الظاهر في وقت ما لا معجلاً .

وأما الحرية فبناءً على ثبوتها بالشاهد واليمين فقد يقال بعدمه هنا باعتبار كونها هنا تابعة للنسب لا واقعة بالذات ، وانتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع .

وفيه أن انتفاءه واقعاً يقتضي ذلك ، لا عدم الحكم به في ظاهر الشرع ، وحينئذ يمكن إثباتها بهما ، كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الآخر ، وحينئذ ففي الفرض ثبتت حرите بهما ، ولا يقدح فيها كونها تابعة لما لا يثبت بهما ، ضرورة كونها مدعى بها في الجملة ، فهي حينئذ كدعوى السرقة .

ودعوى أن حرية الولد ليست من حقوق المدعي كي تندرج في ضابط الشاهد واليمين يدفعها أنها من حقوقه مع استنادها إلى كونه ولداً له ، بل قد يقال : إن الحكم بملكية الجارية يقتضي الحكم أيضاً بملكية الولد الذي هو من نوائها التابع لها ، كما لو ثبت غصب جارية ، فإنه يحكم له بالولد الحاصل منها في يد الغاصب ، بل ثبوت الاستيلاء يقتضي ذلك ، وحينئذ فينتزع الولد ويتم لحوقه به باقراره وإن كان قد يناقش بتقديم ما تقتضيه اليد من الملك فعلاً على ذلك ، خصوصاً بعد دعواه الحرية بالاستيلاء الذي لا يقتضي ثبوته بالاقرار كونه كذلك في حق المدعى عليه . هذا وفي المسالك « الأظهر الأول ، لأنه لا يدعي تملك الولد ولا عتقه ، وإنما يدعي نسبه وحرته ، وهما لا يشتان بهذه الحجة ، وعلى هذا فيبقى الولد في يد صاحب اليد » .

وفيه أن دعوى نسبه وحرته تشتمل على دعوى مال ودعوى غيره ، بناءً على أن دعوى زوال المال عن من في يده ومحكوم بكونه مالاً له بظاهر الشرع - نحو دعوى العبد العتق على من في يده - من دعوى المال ، بل لو فسرت دعوى المال بالتي تتعلق بالمال لو لا الدعوى لكان مانحاً فيه من ذلك قطعاً ، إذ هو مال للمالك الجارية باعتبار كونه ناءها التابع لها أو لمن في يده باعتبار اليد الظاهرة عليه .

وعلى كل حال هي دعوى مال على هذا التقدير وغير مال ، فيثبت

منها بالشاهد واليمين ما رجع إلى المال دون الآخر وإن كان يثبت حينئذ باقراره بعد ثبوت الحرية ، فتأمل .

المسألة الثانية :

﴿ لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً ﴾ مثلاً
 ﴿ و ﴾ بعدهم ﴿ على نسلهم فان حلف المدعون ﴾ أجمع ﴿ مع
 شاهدهم ﴾ الواحد بناءً على القضاء بذلك في مثله ﴿ قضى لهم ﴾
 بالوقفية ولم يؤد منه دين ولا ميراث ولا وصية ، فان انقرض المدهون
 معاً أو على التعاقب فهل يأخذ البطن الثاني الدار من غير يمين أم يتوقف
 قبضهم على اليمين ؟ ففي المسالك « فيه وجهان مبنيان على أن البطن الثاني
 يتلقون الوقف من البطن الأول دون الواقف ، فعلى الأول كما هو الأشهر
 فلا حاجة إلى اليمين ، كما إذا أثبت الوارث ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات ،
 فان وارثه يأخذه بغير يمين ، ولأنه قد ثبت كونه وقفاً بحجة يثبت بها
 الوقف فيدوم ، كما لو ثبت بالشاهدين ، ولأنه حتى ثبت المستحق فلا يفتقر
 المستحق بعده إلى اليمين ، كما لو كان للمدعي ملكاً ، ولأن البطن الثاني
 وإن كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين أولاً ، فلا يحتاجون
 إلى اليمين ، كما إذا أثبت الوارث للميت ملكاً بشاهد ويمين وللميت غريم ،
 فان له أن يأخذه بغير يمين .

وهو كما ترى لا محصل له ، ضرورة عدم تعقل تلقيهم من البطن
 الأول على وجه يقتضي التلازم بينها أو اندراج حقهم في حق الأولين حتى
 يكون اليمين من الأولين مثبتاً لحقهم لا حق الغير ، والقياس على إثبات
 الملك مع حرمة عندنا هو مع الفارق ، ضرورة أن الانتقال إلى الارث

وتعلق حق الدين من لوازم الملك ، بخلاف كونه وفقاً على خصوص الثاني ، فإنه ليس من لوازم الأول ، والحجة الشرعية إنها هي في حق صاحب الحق لا لاثبات الشيء في نفس الامر . ولهذا كان فرق بينهما وبين البينة ، فالمتجه حينئذ التوقف على اليمين كالْبطن الأول .

ثم قال فيها تفريعاً على هذا ، وحينئذ فلو كان الاستحقاق بعد الأولاد للفقراء وكانوا محصورين كفقراء قرية ومحلة مالحكم كالأول ، وإن لم يكونوا محصورين بطل الوقف ، لعدم إمكان إثباته باليمين ، وعادت الدار إراثاً ، وهل تصرف إليهم بغير يمين ؟ وجهان ، ويحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف بناءً على أنه وقف تعذر مصرفه ، كالوقف المنقطع ، ويجري فيه الخلاف الذي قد تقدم في الوقف .

وهذا الكلام أغرب من الأول ، إذ ما ذكره من الاحتمال الأخير لم نعرف أحداً ذكره في الوقف المنقطع ، ولا وجه له ، فإن أقرب الناس إلى الواقف لا مدخلية له في شيء من ذلك ، واحتمال إرادة الارث منه كما عساه يشعر به كلامه في آخر المسألة يدفعه أنه ذكره بعد أن ذكر البطلان وأنه صار إراثاً ، والبحث في كونه لورثة الواقف حين الوقف أو حين الانقطاع أو غير ذلك تقدم في محله ، نعم ذكروا في الوقف المعلوم بقاءه على الأبد واتفق تعذر مصرفه أنه يحتمل صرفه في أقرب الجهات إلى الوقف الأول أو في مطلق وجوه البر ، والفرض أن المقام ليس منه قطعاً ، لعدم ثبوت وقفه .

وكذا ما ذكره من الوجهين بعد الجزم ببطلان وقفه وعوده إراثاً في توقف صرفه إليهم على اليمين وعدمه ، إذ لا استحقاق لليمين على الوارث بعد عدم مدع لكون المفروض وقفه على الفقراء وهم غير منحصرين . بل ما ذكره أولاً من الحلف على فرض كون الوقف على فقراء

قرية أو محلة قد يناقش فيه بأنه لا وجه له مع فرض كون المراد الجنس وإن اتفق انحصار أمراده في الخارج ، فإن ذلك لا يجعل للمختصرين من حيث كونهم كذلك حق الدعوى على وجه لهم الحلف مع الشاهد واليمين المردودة ونحو ذلك ، فتأمل .

ولو مات أحد الخالفين صرف نصيبه إلى الآخرين ، فإن لم يبق إلا واحد صرف الكل إليه ، لأن استحقاق البطن الثاني مشروط بانقراض الأولين ، ولكن في المسالك أيضاً « وهل أخذ الآخرين بيمين أو بغيره ميني على أن البطن الثاني هل يأخذ بيمين أم لا ؟ فإن قلنا بعدمه فهنا أولى ، وإن قلنا به فهنا وجهان : من انتقال الحق إلى الثاني عن غيره فيقتصر إلى الحلف ، ومن كونه قد حلف مرة وصار من أهل الوقف ، فيستحق بحسب شرط الوقف تارة أقل وتارة أكثر » .

وفيه أنه أيضاً لإسراف من الكلام ، ضرورة الفرق بين ذلك وبين البطن الثاني ، بل ليس فيه إلا وجه واحد ، لأن اليمين الأولى قد أثبت استحقاق الخالف على حسب ما وقف الواقف ، فلا يحتاج حينئذ في صيرورة نصيب الميت إليه إلى يمين ، كما هو واضح .

﴿ وإن امتنعوا ﴾ أجمع من اليمين ﴿ حكم بها ميراثاً ﴾ للجميع وتعلق بها الوصايا والديون ﴿ و ﴾ لكن ﴿ كان نصيب المدعين وفقاً ﴾ لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، دون نصيب غيرهم ، فإن مات الناكلون ففي المسالك « في صرف حصتهم إلى أولادهم على سبيل الوقف بغير يمين وجهان مبنيان على تلقي الوقف ، كما تقدم » .

وفيه أن الإقرار من ذي النصيب هنا كافٍ في ثبوت الوقف لهم ، بل لا وجه لليمين هنا مع عدم المنازع لهم ، إذ الفرض إقرار الأب بما أصابه من نصيب الارث ، إلا أنه قد نكل عن اليمين السابقة ، وليس لشركائهم مخاصمة معهم في ذلك .

ثم قال : « وهل للأولاد أن يحلفوا على أن جميع الدار وقف ؟ وجهان من كون الأولاد تبعاً لأبائهم ، فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا ، ومن أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعية ، وربما بنى الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا ؟ فإن منعه لم يحلف الأولاد على الجميع ، لانقطاعه قبل طبقتهم ، وإن جوزناه جاء الوجهان ، والحق مجيئها حتى على المنع ، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه في الواقع وإن انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم ، ولأن البطن الثاني كالاول في تلقي الوقف من الواقف ، ولأن منع الثاني يؤدي إلى جواز إفساد البطن الأول الوقف على الثاني وهذا لا سبيل إليه ، فالقول بجواز حلفهم قوي ، كما هو خيرة الشيخ والمصنف وغيرهما . »

وفيه أيضاً - بعد الاغضاء عما في الأول من الوجهين - أن يمين الأولاد لا يصلح لاثبات اتصال الوقف ، لأنه حينئذ يكون يميناً للغير ، واحتمال الاتصال بعد كونه منقطعاً في ظاهر الشرع غير مجدٍ ، وإطلاق الاثبات بالشاهد واليمين لا ينافي الفساد من جهة أخرى ، فتأمل . إذ الظاهر عدم خلاف محقق في أن للبطن الثاني اليمين مع نكول البطن الأول عنه بناءً على تلقيهم من الواقف ، ويكفي في صحة الوقف في حقهم احتمال الاتصال وإن كان هو منقطعاً في ظاهر الشرع بمعنى عدم ثبوته للبطن الأول ، والله العالم .

﴿ ولو (فان خ ل) حلف بعض ﴾ وكانوا ثلاثة مثلاً فحلف واحد منهم ﴿ ثبت نصيب الحالف ﴾ على تقدير الوقفية وهو الثلث ﴿ وقفاً وكان الباقي طلقاً ﴾ بالنسبة إلى غير المدعي ﴿ نقضى منه الديون ونخرج الوصايا ، وما فضل ﴾ عن ذلك يكون ﴿ ميراثاً ﴾ للجميع حتى الحالفين ، كما هو ظاهر بعض ، بل عن بعضهم التصريح به ،

لا اعتراف غيرهم من الورثة باشتراكه بينهم أجمع وإن كان مدعي الوقف قد ظلم بأخذ حصته منه بيمينه ، ولا يحسب عليه ما أخذه من حقه في الباقي ، لأنه معين وهو الدار المفروضة لا مشاع ، فيؤاخذون باقرارهم ويقسم على الخالف وغيره ، وعلى هذا فما يخص الخالف يكون وفقاً على الناكل ، لأن الخالف معترف لهم بذلك .

ولكن فيه أنهم إنما يعترفون بالاشتراك في الجميع ، وأن ما أخذه الخالف بالوقفية إنما استحقه بالارث ، والخالف معترف بأنه لا يستحق إلا ما أخذه ، نعم إن زاد نصيب مدعي الوقف إرثاً على نصيبه وفقاً كان الزائد مجهول المالك ، ولعله لذا قيل - كما عن المبسوط التصريح به - : إن الفاضل يقسم بين المتكررين من الورثة والذين نكلوا دون الخالف ، لأنه مقررٌ بالمحصار حقه فيما أخذه وأن الباقي لاختوته مثلاً وفقاً ، بل الظاهر أيضاً كون الزائد من نصيبهم إرثاً على نصيبهم وفقاً بمجهول المالك نحو ما سمعته في الأول .

ثم حصة الناكلين نصير وفقاً باقرارهما كما أن حصة الخالف من حيث الارث كذلك، وحينئذ فإذا مات الناكلان والخالف حي فنصيبها له على ما شرط الواقف باقرارهم ، بل لا حاجة إلى اليمين كما عرفته فيما سبق ، فإذا مات الخالف فالاستحقاق للبطن الثاني مع حلفهم كما سمعت. وإن كان الخالف حياً عند موت الناكلين أراد أولادهم أن يحلفوا ففي المسالك على القولين المذكورين في أولاد الجميع إذا نكلوا ، والأصح أن لهم الحلف - قال - : وأما حكم نصيب الخالف الميت قبلهما ففيه ثلاثة أوجه : أحدها أنه بصرف إلى الناكلين ، لأنه قضية الوقف ، إذ لا يمكن جعله للبطن الثاني لبقاء البطن الأول ، ولأنه أقرب الناس إلى الواقف ، وعلى هذا ففي حلفهم بالخلاف السابق ، فإن قلنا بالحلف يسقط بالنكول

كالأول . والثاني أنه يصرف إلى البطن الثاني ، لأنه بنكول الناكل سقط حقه وصار كالمعدوم ، وإذا عدم البطن الأول كان الاستحقاق للثاني ، وهذا هو الذي اختاره الشيخ في المبسوط . والثالث وهو أضعفها أنه وقف تعدل مصرفه ، لأنه لا يمكن صرفه إلى الباقيين من البطن الأول لنكولهم ، ولا إلى البطن الثاني ، لأن شرط استحقاقه انقراض الأول ، فإذا تعدل مصرف الوقف بطل كمنقطع الآخر ، ويرجع إلى أقرب الناس إلى الواقف ، ويحتمل على هذا صرفه في وجوه البر ، لأن هذا الانقطاع لم يكن واقعاً ، وإنما طرأ فكان كما لو بطل رسم المصلحة الموقوف عليها ، وعلى هذا فإذا زال التعذر بأن مات الناكل وانتقل إلى البطن الثاني جاء في حلفه ما مرّ ، وكذا في حلف أقرب الناس إليه إذا كان هو الناكل .

وفيه أنه لا ريب في صرف نصيبه من حيث الارث إلى الناكليين ، كما صرف نصيبهم إليه من هذه الحيشة للاقرار ، وأما ما زاد عليه فيرجع إلى شركائه المنكرين للوقف ، لانقطاع حكم يمينه بموته ، ولم يتحقق استحقاق البطن الثاني باعترافه ، نعم لو مات الناكلان انتقل إليهم حينئذ يمينهم وإلا كان إرثاً ، والله العالم .

هذا ﴿ و ﴾ قد عرفت أن ﴿ ما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفاً ﴾ للاقرار . ﴿ و ﴾ كذا عرفت أنه ﴿ لو انقرض الممتنع كان للبطن التي تأخذ بعده الحلف مع الشاهد ، ولا يبطل حقه بامتناع الأول ﴾ كما هو واضح .

وإذا أحطت بجميع ما ذكرنا عرفت الكلام فيما ذكره المصنف في

المسألة الثالثة :

من أنه ﴿ إذا ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده وحلف مع شاهده ثبتت الدعوى ، ولا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة ﴾ عند المصنف وجماعة ﴿ لأن الثبوت الأول أغنى عن تجديده ﴾ وهم يتلقون الوقف منه ، بمعنى الاكتفاء بثبوته في حق الأولين عن إثباته في حق البطلن الثاني .

لكن قد عرفت أن فيه منعاً واضحاً ، ضرورة كونه كذلك إذا كان في مال لا منازع لهم فيه لا في مثل الفرض ، نعم يتجه ذلك فيما يخصهم على تقدير الارثية لا ما زاد ، فانه يحتاج إلى اليمين .

﴿ وكذا ﴾ الكلام ﴿ إذا انقرضت البطلون وصار إلى الفقراء أو المصالح ﴾ فانه بناءً على ما ذكرنا يتجه حينئذ انقطاع الوقف ، لعدم صحة اليمين من أحدهم ، واحتمال سقوطه هنا وإن قلنا به في غيرهم لعدم حصرهم ضعيف ، بل منافٍ لظاهر الأدلة هذا كله في وقف الترتيب . ﴿ أما لو ادعى التشريك بينه وبين أولاده افتقر البطلن الثاني إلى اليمين (يمين خ ل) ﴾ قطعاً بل لا خلاف أجده فيه ﴿ لأن البطلن الثاني بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى ﴾ ضرورة تلقي الجميع من الواقف ، ولا يثبت حق أحد منهم بيمين غيره .

وحيثئذ ﴿ فالو ادعى إخوة ثلاثة ﴾ مثلاً ﴿ أن الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد ﴾ ثبت ذلك بالنسبة إليهم ، ولم يتعلق فيه حق وصية ولا دين ولا حق إرث لغيرهم ، فاذا كان كذلك ﴿ ثم صار لأحدهم ولد ﴾ مثلاً ﴿ فقد صار الوقف أرباعاً ﴾ بعد

أن كان أثلاثاً ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا تثبت حصّة هذا الولد ما لم يحلف ،
لأنه يثبتي الوقف عن الواقف ، فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى ، و ﴿
حينئذ ﴾ يوقف له الربع ﴿ ونماؤه .

وفي المسالك : في تسليمه إلى وليه أو بوضع في يد أمين وجهان :
منشأهما مؤاخذتهم باقرارهم ، كما لو كانت العين في يد ثلاثة فاعترفوا
بربعها لصبي ، فانهم يلزمون باقرارهم ، ويدفع إلى وليه ، ومن عدم
ثبوت الحق له حينئذ لتوقفه على اليمين ، وهذا هو الأصح ، والفرق بينه
وبين المثال واضح .

قلت : بل يتوقف في أصل إيقافه ، لما عرفته في الوجه الأصح ،
وحينئذ يجري عليه حكم ما لم يثبت وقفه ، ويحرم الثلاثة منه ، لاعتراضهم
بعدم استحقاقهم فيه شيئاً ، إلا أني لم أجده قائلين بذلك ، ولعله قوى
للاحتياط في مثله ، ولو لعدم معلومية أنه للموقوف عليه أو للوارث على
وجه لا يتقح بأصل أو غيره ، ضرورة انكشافه باليمين أنه للموقوف
عليه من أول الولادة ، فهو أشبه شيء بالمال المشتري فصولاً حال عدم
العلم بالاجازة ، والأصل فيه أنه بعد انتزاع الثلاثة إياه من الوارث يمينهم
لم يعلم كيفية رجوعه إلى الوارث بالنكول أو صيرورته إلى الموقوف عليه
باليمين التي تنكشف حاله بها حال الولادة ، فتأمل جيداً .

وكيف كان ﴿ فان كمل ﴾ بالبلوغ والرشد ﴿ وحلف ﴾ لحصول
القطع له بالتسامح أو غيره ﴿ أخذ ﴾ الربع وغلته المتجددة بعد ولادته
كما في المسالك ﴿ وإن امتنع ﴾ ففي المسالك في مصرف الربع وجوه :
أحدها ما ﴿ قال ﴾ - ه - ﴿ الشيخ ﴾ في مبسوطه من أنه ﴿ يرجع ﴾
ربعه على الاخوة ، لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم ، و ﴿
الولد ﴾ بامتناعه جرى مجرى المعلوم ﴿ ولأن الواقف جعل الثلاثة أصلاً

ج ٤٠ (حكم ما لو ثبت الوقفية بالنسبة إلى بعض الموقوف عليهم) -- ٢٩٩ -

في الاستحقاق ثم أدخل من يتجدد على سبيل العول ، فإذا سقط الداخل فالقسمة بحالها على الأصول كما كانت ، وهو حينئذ مثل ما إذا مات إنسان وخلف ألفاً فجاء ثلاثة وادعى كل واحد ألفاً على الميت وأقام شاهداً ، فإن حلفوا معه فالألف بينهم ، وإن حلف إثنان فهي لهما ، وإن حلف واحد فهي له .

❦ وفيه إشكال ينشأ من اعتراف الاخوة بعدم استحقاق الربع ❦ فلا يجوز لهم أخذه .

وزاد في المسالك يمنع الحكم في الأصل المشبه به ، قال : « بل ليس لصاحب الدين الأول إذا لم يحلف الثاني إلا أخذ حصته ، إلا أن يقضي بالنكول أو يبرؤه الثاني من حقه ، لأن الثاني أبطل حقه حينئذ بخلاف النكول بمجردة عند من لم يقض ببطلان الحق به ، ولهذا لو لم يحلف مع الشاهد ثم أتم البينة سمعت منه وحكم له بها » .

وفيه أنه يكفي في استقلال الأول بأخذ الجميع عدم ثبوت حق الثاني وإن كان يلحقه لو أثبت بعد ذلك ، نعم المتجه منع الشبه بما نحن فيه كما هو واضح .

وثانيها صرفه إلى الناكل ، لاعتراف الاخوة باستحقاقه ، وأجاب عنه في محكي المبسوط بأن الاقرار ضربان : مطلق ومقترن إلى سبب ، فإذا عزي إلى سبب فلم يثبت السبب عاد إلى المقر به ، كقولهم مات أبونا وأوصى لزيد بثلث ماله فرد ذلك زيد ، فإنه يعود إلى من اعترف بذلك ، وكذلك من اعترف لغيره بدار في يده فلم يقبلها الغير عادت إلى المقر ، فكذلك هنا . وفيه ما لا يخفى من أن ثبوت السبب منحقق بالنسبة إلى المقر ، وإنما تخلف بالنسبة إلى المقر له ، ولازم ذلك انتقال المقر به عمن ثبت السبب في حقه وإن لم يثبت في حق الآخر ، ودعوى أن من أقر له بدار

فلم يقبلها المقر له تعود إلى المقر بمجرد الإنكار ممنوعة . بل تبقى مجهولة المالك ، أو بشرع له الدس في ماله .

وإن أراد إقرارهم بسبب يتوقف أثره على قبول ولم يحصل فهو مسلم ، ولكنه غير ما نحن فيه ، ضرورة أن الملك في المقام غير متوقف على قبول ، بل هم معترفون له به وإن لم يخلف ، بخلاف التملك بالوصية المتوقف على القبول ، كل ذلك مضافاً إلى اقضائه حينئذ عدم اليمين .

وثالثها أنه وقف تعذر مصرفه . إذ لا يصرف إلى الاخوة لما ذكرناه ، ولا إلى الولد لعدم ثبوته له ، فيرجع إلى الواقف أو ورثته كنقطع الآخر أو إلى وجوه البر كما قررناه في السابق .

قلت : لا ريب في أن المتجه عوده إلى المنكرين أولاً ، لعدم ثبوت ما يقتضي انتقاله عنهم ، فهو كما لو حلف أحد الثلاثة ونكل الآخرون ، إذ قد عرفت أن الولد المتجدد كالموجود وقت الدعوى ، وما في القواعد - من أنه لا يصرف إلى المدعى عليه أولاً ، ولا إلى ورثته ، لثبوت عدم استحقاقهم أولاً - يدفعه أنه إنما يثبت بالنسبة إلى خصوص الخالفين ، والمتجدد مدع جديد ، ولذا احتاج إلى اليمين مع شاهده ، كما أشار إلى ذلك في الدروس وغيره ، وحينئذ لم تتم الدعوى إلى أن يحصل الحلف من الجميع .

❦ و ❦ كيف كان فـ ❦ لو مات أحد الاخوة قبل بلوغ الطفل هزل له الثلث من حين وفاة الميت ، لأن الوقف صار أثلاً وقد كان ❦ وقف ❦ له الربع إلى حين الوفاة ❦ فيضاف إليه نصف سدس ويوقف له ❦ فإن بلغ وحلف أخذ الجميع ، وإن ردّ ❦ فعلى قول الشيخ ❦ كان الربع إلى حين الوفاة لورثة الميت والأخوين ، والثلث من حين الوفاة للأخوين ، وفيه أيضاً إشكال كالأول ❦ وعلى غيره يرجع إلى التناكل ،

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى أنه أعتق العبد الذي في يد الغير) - ٣٠١ -

أو وقف تعذر مصرفه ، أو إلى المدعى عليه أو وارثه ، وهو الأصح .
ولو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب وحلفوا مع شاهدهم
فقال البطن الثاني بعد وجودهم : إنه وقف تشريك في القواعد وكانت
الخصومة بينهم وبين البطن الأول ، فإن أقاموا شاهداً واحداً حلفوا
وتشاركوا ، ولهم حينئذ مطالبتهم بحصتهم من البناء من حين وجودهم ،
وفي كشف اللثام ، وإن نكلوا خلص الوقف للأوليين ما بقي منهم أحد ،
وإن تجددوا وادعوا التشريك قبل حلف الأولين كانوا خصوصاً لهم ولغيرهم
من الورثة ، ولكن لا يجدي نكولهم إلا المدعين ، فانهم لما ادعوا الاختصاص
فحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك ، نعم إن انعكس بأن حلف هؤلاء
ونكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثاً ، والله العالم .

المسألة الرابعة :

﴿ لو ادعى عبداً ﴾ في يد آخر ﴿ وذكر أنه كان له وأعتقه
فأنكر المشتبه ﴾ به ﴿ قال الشيخ : يحلف مع شاهده ويستنفذه ﴾ لأنه يدعي
ملكاً متقدماً ، وحجته تصلح لاثباته وإن ترتب عليه العتق بعد ذلك باقراره
كسألة الاستيلاد السابقة

﴿ و ﴾ لكن قال المصنف وتبعه غيره : ﴿ هو بعيد ، لأنه
لا يدعي مالاً ﴾ بل يدعي حرية العبد ، وهي ليست مالاً ، بل ولا
من حقوقه ، فلا تثبت بشاهد ويمين ، بل لو سلم ثبوت العتق بها فهو
فيما إذا ادعاه العبد لا المولى الذي يدعيه لغيره .

وفيه أنه لا فرق بينها في عدم كون الحرية مالاً وفي كونها متعلقة
بمال ، على أن المولى قد يدعيها لاثبات الولاء له عليه بسبب عتقه ،

وبذلك يكون حقاً من حقوقه ، بل هو إن لم يكن أولى من الاستيلاء فهو مساوٍ له .

(ودعوى) الفرق بينها بأن مدعي الاستيلاء يدعي ملكاً ثابتاً بالفعل ، لأن أم الولد مملوكة للمولى ، وهو مما يثبت بهما ، ولما كانت أمومة الولد تستلزم ولداً منه كان إثبات الولد وانعتاقه تابعاً ولازماً لما يثبت بالشاهد واليمين لا بالاستقلال بخلاف عتق العبد ، فإنه ليس له أصل يثبت بذلك يستند إليه ويتبعه ، فلا يثبت مستقلاً (بدفعها) أن ذلك لا يقتضي خصوصية الولد الموجود . فليس المنشأ حينئذ إلا كونه مالاً له بالشروع لو لا إقراره ، وهو سبب آخر يترتب بعد إثبات ماليتة ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

المسألة الخامسة :

قد عرفت فيما مضى أن الموافق لضابط الأصحاب فيما ﴿ لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً فإن كان ﴾ ذلك موجباً لمال كما لو كان ﴿ خطأً أو عمداً الخطأ حلف ﴾ معه ﴿ وحكم له ، وإن كان عمداً موجباً للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد ﴾ لعدم تعلقه بالمال حينئذٍ ﴿ ولكن ﴾ كانت شهادة الشاهد لوثاً ، وجاز له إثبات دعواه بالقسامة ﴿ التي يثبت بها القصاص في سائر أفراد اللوث ، خلافاً لما عن ابن حمزة ، فجعل الشاهد الواحد في القتل عمداً بمنزلة خمس وعشرين يميناً ، ومرجعه إلى قبوله في مثل ذلك ، وربما كان موافقاً لما ذكرناه سابقاً من كون المستفاد من النصوص (١) أن العنوان حقوق الناس التي تثبت بالأيمان بخلاف حقوق الله وحقوق الناس العامة ، مثل رؤية الهلال ، فتذكر وتأمل .

(١) الرسائل - الباب - ١٤ - من ابواب كيفية الحكم .

﴿ خاتمة ﴾

﴿ تشتمل على فصلين : ﴾

﴿ الأول ﴾

﴿ في كتاب قاضٍ إلى قاضٍ ﴾

اعلم أن ﴿ إنهاء حكم الحاكم إلى آخر إما بالكتاب أو القول أو الشهادة ، أما الكتابة فلا عبرة بها ﴾ عندنا إجماعاً كما في القواعد ومعكي الخلاف والسرائر والتحرير وغيرها في حدّ وغيره مخنوماً وغير مخنوم ﴿ لا مكان التشبيه ﴾ وعدم القصد إلى الحقيقة ، وعدم الدليل شرعاً على اعتبار دلالتها فضلاً عما سمته من الدليل على عدم اعتبارها .

مضافاً إلى خبري السكوني (١) وطلحة بن زيد (٢) عن جعفر عن أبيه عن علي (عليهم السلام) أنه كان لا يجيز كتابة قاضٍ إلى قاضٍ في حدّ ولا غيره حتى وليت بنوا أمية فأجازوا بالبينات ، المشهورين المستفيضة كما عن المختلف .

خلافاً للمحكي عن أبي علي ، فجوزّه في حقوق الناس دون حقوق الله تعالى ، وعن الأردبيلي موافقته على ذلك مع العلم بكتابه قاصداً لمعناه ،

(١) و (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

قال : « ولهذا جاز العمل بالمكاتبة في الرواية وأخذ المسألة والعلم والحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد ، ولأنه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين ، بل يحصل منها الظن المتأخيم للعلم ، بل العلم مع الأمن من التزوير ، وأنه كتب قاصداً للمدلول ، وحينئذ يكون مثل الخبر المخفوف بالقرائن المفيدة للعلم بأن القاضي الفلاني الذي حكمه مقبول حكم بكذا ، فانه يجب انفاذه وإجراؤه من غير توقف؛ ويكون ذلك مقصود ابن الجنيدي ، ويمكن أن لا يتنازع فيه أحد ، بل يكون مقصودهم الصورة التي لم يأمن فيها التزوير أو لم يعلم قصد الكاتب لإرادة مدلول الرسم . »

قلت : التحقيق أن الكتابة من حيث إنها كتابة لا دليل على حجيتها قطعاً مطلقاً في إقرار وغيره ، بل عن ابن إدريس في نواذر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتي أن يرجع إلا إلى قول المفتي دون ما يجده بخطه إلى أن قال : « بغير خلاف من يحصل ضابط لأصول الفقه » وبني على ذلك عدم حجية المكاتبة ، قال : « لأن الراوي للكتابة ما سمع الامام يقول ، ولا شهد عنده شهود أنه قال » وإن كان فيه ما ستعرف .

نعم إذا قامت القرائن الحالية وغيرها على إرادة الكاتب بكتابه مدلول اللفظ المستفاد من رسمها فالظاهر جواز العمل بها ، للسيرة المستمرة في الأعصار والأمصار على ذلك ، بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك ، خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء في نسبتهم الخلاف والوفاق ونقلهم الاجماع وغيره في كتبهم المعمول عليها بين العلماء ، ودعوى أن ذلك كله من جهة فتح باب الظن في الأحكام الشرعية وموضوعاتها واضحة الفساد ، ضرورة كون السيرة المزبورة على الأعم من ذلك ، كالوكالة والإقرار والوصايا والأوقاف وتصنيفهم كتب الفتوى للأطراف وعمل الناس بها

ونحو ذلك ، ولكن مقتضى ذلك تكون الكتابة فيما نحن فيه بعد انقضاء احتمال التزوير وعدم القصد وغيرهما من الاحتمالات بمنزلة إخباره بالحكم فإن قلنا بقبوله قبلت وإلا فلا .

وربما أشعر التعليل الأول في عبارة المصنف والثاني في عبارة غيره بإرادة غير هذا الفرد من الكتابة ، كما أنه يمكن حمل كلام ابن الجنييد ومن وافقه على ما ذكرنا ، فيعود النزاع لفظياً ، وتحمل الروايتان على العمل بالحكم بالكتابة ، بمعنى إيجاد الحكم بها باللفظ. أو على العمل بها من حيث إنها كتابة ، إذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه وأنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها .

وبهذا يفرق بينها وبين اللفظ الذي يحكم بمجرد صدوره على اللفظ بما يقتضيه لفظه إلا أن يعلم خلافه ، بخلاف الكتابة ، فإنها من قسم الأفعال لا دلالة فيها كذلك ، لا أن المراد منها الأعم من ذلك حتى ما ذكرناه من الفرد الذي لا ينبغي التوقف في اعتباره في كل ما لا يشترط فيها اللفظ كالصنيع ونحوها ، بل دعوى عدم جريان حكم الاقرار والاخبار والرواية والشهادة والفتوى ونحو ذلك على المستفاد مما ذكرته من فردها أيضاً واضحة المنع ، وعلى تقديره فالمراد هنا معرفة صدور الحكم منه ولو بإخباره ، ولا ريب في حصولها بها . وبذلك يظهر لك النظر فيما أظن به في الرياض .

نعم يمكن دعوى عدم اعتبارها هنا بالخصوص ، للخبرين المشهورين رواية وفتوى ، إلا أنك قد عرفت بقريئة التعليل وغيره احتمال إرادة غير الفرد المزبور ولعله الأقوى .

﴿ وأما القول مشافهةً فهو أن يقول الآخر : حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ﴾ أو نحو ذلك بقصد الاخبار به عما وقع له من

الفصل ﴿ في القضاء به ﴾ لحاكم آخر ﴿ تردد ﴾ أقربه القبول كما ستعرف وإن ﴿ نص الشيخ في الخلاف ﴾ بـ ﴿ أنه لا يقبل ﴾ .
 ﴿ وأما الشهادة فإن شهدت البينة بـ ﴾ سانشاء ﴿ الحكم وبشهادته لإياها على حكمه تعين القبول ﴾ بلا خلاف محقق أجده فيه وإن أشعر به ما عن المختلف ، بل عن غاية المراد عليه استقر فتاوى معظم الأصحاب ، بل ن الايضاح أنه اتفق عليه ، ولعله لعموم ما دل (١) على وجوب قبول حكمه الذي هو من حكمهم (عليهم السلام) ولذا كان الراد عليه راداً عليهم ، وما دل على حجية البينة و ﴿ لأن ذلك مما تمس الحاجة إليه ، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها في البلاد المتباعدة غالب ، وتكليف شهود الأصل التنقل ﴾ إلى تلك البلاد لو فرض حاكم فيها وأمكن تزكية الشهود فيها ﴿ متعذر أو متعسر ، فلا بد من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء ، ولا وسيلة إلا رفع الأحكام إلى الحكام ، وأتم ذلك احتياطاً ﴾ في الانهاء ﴿ ما حررناه ﴾ من حضور الشاهدين إنشاء الحكم وإشهادهما عليه .

﴿ لا يقال : ﴾ يمكن أن ﴿ يتوصل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل ﴾ فلا تمس الحاجة إلى الانفاذ المزبور الذي هو حكم بغير علم ﴿ لأننا نقول : ﴾ أولاً شهادة الفرع ليست عامة ، وثانياً ﴿ قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل و ﴾ أيضاً لا يمكن فروع الفروع لأن ﴿ الشهادة الثالثة لا تسمع ﴾ فضلاً عما فوقها بخلاف الانفاذ ، فإنه يستمر باستمرار الأزمنة .

وظاهر المسالك تفسير ذلك بأن « في الشهادة على الشهادة قصوراً عن الشهادة على الحكم من حيث إنها مقصورة على المرتبة الثانية ، فلا تسمع

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب صفات القاضي - الحديث ١ .

الشهادة الثالثة على الشهادة ، والمرتبة الثالثة من الشهادة على الشهادة بمنزلة المرتبة الثانية من الشهادة على الشهادة على الحكم ، فتكون مسموعة ، فإذا تعذر وصول شهود الأصل في المرتبة الأولى من الشهادة على الحكم حصل الغرض من الشهادة عليها دون ما لو كانت الشهادة على شهادة الأصل ، لأنها تنقص عنها بمرتبة ، فقد لا يحصل الغرض بدون المرتبة الثالثة التي هي ثانية في الشهادة على الحكم .

إلا أنه كما ترى فرض نادر ، بل هو خلاف ظاهر العبارة ، خصوصاً بملاحظة عبارة الفاضل في القواعد الظاهرة في إرادة مؤداها .

واحتمال كون مراده أنه لو لم يشرع الانفاذ لبطل إقامة الحجج بتطاول الأزمان - ضرورة توقف الحكم على شهود الأصل أو فروعهم ، والفرض أن الشهادة الثالثة لا تسمع ، بخلاف ما لو قلنا بمشروعيتها ، فانه يبقى حينئذ على تطاول المسدد بتجديد إنفاذه عند كل حاكم ، ولعله إلى ذلك أشار في القواعد كما عساه يفهم من الاصبهاني في شرحه ، حيث إنه بعد أن استدل بالحاجة قال : « ولخوف الاندراس ، والشهادة الثالثة غير مسموعة » - يستلزم التكرار فيها بعده ، وهو قوله :

﴿ ولأنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام ﴾ إلى الحكام لينفذوها ﴿ بطلت الحجج مع تطاول المدد ﴾ التي يموت فيها الحاكم وشهود الأصل وفروعهم ، وقد عرفت أن الشهادة الثالثة غير مسموعة إلا أن يفرض له تقريران . والأمر سهل .

﴿ ولأن المنع من ذلك يؤدي إلى استمرار الخصومة في الواقعة الواحدة ، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر ، فان لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول اتصلت المنازعة ﴾ وفات الغرض من نصب الحكام .

﴿ ولأن الغريبين لو تصادقا أن حاكماً حكم عليهما ألزمهما الحاكم ﴾

الآخر ﴿ ما حكم به الأول ﴾ إجماعاً على ما حكاه غير واحد ﴿ فكذا لو قامت البينة ، لأنها تثبت ما لو أقر به الغريم ألزم به ﴾ .
ولا يخفى عليك أن هذه الأدلة الأربعة يظهر من بعضها أنها مساقاة بثلاث الاكتفاء بالشهادة في إثبات حكم الحاكم ، ومن آخر أنه مساق لاثبات مشروعية حكم الحاكم الآخر بانفاذ ما حكم به الأول ، إلا أن الأولى الاستناد في إثبات الأول إلى عموم دليل حجية البينة والقضاء بها ، وفي الثاني إلى عموم حكم الحاكم وأن الراد عليه راد علينا ، وأن حكمه حكمهم (عليهم السلام) (١) وما ندرى أن النزاع في أي المقامين ، لأن كلامهم مشوش ، ضرورة ظهور بعضه في المفروغية من مشروعية انفاذ الحكم الأول بعد فرض معلوميته ولو بالاقرار من الخصمين فضلاً عما لو فرض حضور الحاكم الثاني عند إنشاء الأول له ، كظهور آخر في المفروغية عن قابلية البينة لاثبات ذلك .

ألهم إلا أن يكون مستند الثاني ما في ذيل الخبرين (٢) السابقين اللذين لا جابر لهما في خصوص ذلك ، بل قد عرفت عدم معرفية المخالف وإن أرسله في المختلف عن جماعة ، مع احتماله أو ظهوره في إرادة البينة على كون الكتاب من القاضي فينفذون ما فيه حينئذ ، وهو غير المفروض .

نعم يتجه على الأصحاب أن الموافق لعموم حجية البينة وما ذكره من الأدلة عدم اعتبار حضورها مجلس الخصومة وسماعها شهادة الشاهدين وإنشاء الحكم من الحاكم وإشهادها على ذلك ، إذ ليس هي حينئذ إلا كباقي البيئات التي لا ريب في حجيتها في الاخبارات والانشاءات من دون

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٨ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

اعتبار شيء من ذلك ، ويمكن لإرادة الأصحاب من ذلك الاستظهار والاحتياط في الشهود به لا الشرطية ، كما أوما إليه المصنف بقوله : « وأتم ذلك » إلى آخره .

بل في كشف اللثام التصريح بعدم اعتبار الاشهاد ، وأنه ذكره الفاضل للاحتياط ، كما أن في غيره التصريح بعدم اعتبار حضور المخاصمة وسماع شهادة الشاهدين ، بل لعل ذلك أيضاً ظاهراً المحكي عن ابن حزة وغيره ممن أطلق قبول البينة هنا على الحكم .

ومن ذلك يظهر لك النظر في جملة من الكلمات ، خصوصاً ما أطلب به في الرياض من تأصيل أصل منا مقطوع بالعمومات، وقد بنى عليه كثيراً من مسائل هذا الفصل ، فلاحظ وتأمل ، وربما نشير إلى بعض ذلك فيما يأتي إنشاء الله .

وحاصله « أن قضاء التنفيذ قسم آخر من القضاء غير أصل القضاء بالواقعة بموازينها المقررة شرعاً ، وهي البينة والأيمان ، بخلاف الحكم بحكم الأول الذي هو من القول بغير علم ، بل لعله منافٍ لرأي الحاكم الآخر ، وأقصى ذلك عدم جواز نقضه ، لا تنفيذه بمعنى إنشاء حكم منه على المحكوم عليه أولاً بحكم الأول حتى لو كان حاضر الانشاء فضلاً عن ثبوته بالكتاب أو الاخبار أو البينة إلا أنه خرج ما خرج بالإجماع ، ويبقى غيره على الأصل » .

وقبه أنه يمكن استفادة قضاء التنفيذ من أدلة أصل القضاء التي منها « جعلته حاكماً وحجةً كما أنا حجة » (١) ونحو ذلك مما يشمل القضاء التنفيذي أيضاً .

واحتمال كون المراد من ذلك عدم نقضه لإنشاء إلزامٍ بالزام الأول

(١) الرسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١٠٩ . وهو نقل بالمعنى

من حيث إلزامه يدفعه ما سمعته من الأدلة الدالة على مشروعيته ، مضافاً إلى إطلاق كونه حاكماً وحجة المقتضي لتناول ذلك لو صدر منه ، فتأمل جيداً ، فإن المسألة غامضة ولم أجد من نقحها كما ذكرنا . بل مستمع كلام بعض أن الانفاذ ليس حكماً ، بل هو إقرار الحكم ، والتحقيق ما عرفت . وحيث ينبغي لحاكم التنفيذ عدم الحكم حتى يطلبه منه من له الحكم بناءً على اعتبار مثل ذلك في أصل الحكم ، كما أنه ينبغي ملاحظة تسلسل أحكام الانفاذ وما لذلك من الأحكام التي تستمع بعضها في حاكم الأصل بالنسبة إلى عروض الجنون والفسق والعزل ونحو ذلك ، والله العالم .

وكيف كان فقد أشار المصنف إلى دليل الخصم إن كان بقوله : ﴿ لا يقال فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاضٍ إلى قاضٍ ولا العمل به ﴾ وهو باطلاته شامل لمحل النزاع ﴿ ورواية طلحة بن زيد (١) والسكوني (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « أن علياً (عليه السلام) كان لا يميز كتاب قاضٍ إلى قاضٍ في حدٍّ ولا غيره حتى وليت بنوا أمية فأجازوا بالبينات ، لأننا نجيب عن الأول بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع ﴾ بل قد عرفت أن الخلاف في ذلك بيننا غير محقق ، ومنه حيث لا يعلم عدم إرادة هذا الفرد من الإطلاق المزبور الممكن دعوى انسياق غيره منه ، بل لعله الظاهر منه ، وذلك ﴿ لأن المنع من العمل بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته ﴾ بالبينات على الوجه المفروض ، ضرورة كون المراد من العمل بالكتاب من حيث كونه كتاباً ﴿ ونحن نقول ﴾ بذلك ﴿ فـ ﴾ سأنك قد عرفت أنه لا عبرة عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً ﴿ خلافاً لبعض العامة . ﴾ و ﴿ ربما يؤدي ذلك أنه ﴾ إلى جواز ما ذكرناه أولاً ﴿

غير واحد منهم ﴿ الشيخ أبو جعفر (رحمه الله) في الخلاف ﴾ مصرحاً بالقبول في الفرض المزبور مع التصريح بعدم جواز العمل بكتابة قاضٍ إلى قاضٍ ، وما ذاك إلا لأنه ليس منه ، كما هو واضح .

﴿ ونجيب عن الرواية بالطعن في السند ، فان طلحة بترى ﴾ وهم فرقة من الزيدية ، وعن الفهرست والنجاشي أنه عامي ﴿ و ﴾ أما ﴿ السكوني ﴾ فهو مشهور الحال وأنه ﴿ عامي ﴾ ولا جابر لها في خصوص المفروض ، بل الموهن محقق ، وشهرة مضمونها في غير المفروض لا يقتضى جبرها فيه .

﴿ ومع تسليمها نقول بموجبها ، فانا لا نعمل بالكتاب ﴾ من حيث إنه كتاب ﴿ أصلاً ولو شهد به ﴾ أنه كتاب القاضي شاهدان فصاعداً ، وهو المراد من قوله (عليه السلام) في ذيله : « فأجازوا بالبينات » حتى يوافق صدره الذي منعه علي (عليه السلام) لا أن المراد عدم جواز العمل بالبيينة على الحكم الموافقة لما في الكتاب ، فانه لم يحك عن علي (عليه السلام) منعه .

﴿ و ﴾ حيثئذ ﴿ كان الكتاب ﴾ من حيث كونه كتاباً ﴿ ملغاً ﴾ عندنا ، وإنما عملنا بشهادة العدلين على حصول إنشاء الحكم وإن كتبه القاضي في كتابه ، بل قد يقال فيما ذكرناه نحن أيضاً من العمل بالكتاب على الوجه المزبور : ليس عملاً به من حيث كونه كتاباً ، بل هو في الحقيقة عمل بالمعلوم من قصده إرادة ما دل على رسمها مما هو معلوم بالسيرة القطعية أن له حكم القول في ذلك ، وأنه بمنزلة إخباره الذي ستعرف البحث فيه .

هذا وفي المسالك « أنه أجاب في المختلف عن ضعف الروايتين بأنها من المشاهير ، فلا يضر هذا الطعن في الراوي ، وهو يرجع إلى

جبر الشهرة للضعف ، وقد تكلمنا عليه غير مرة ، واحتج على المنع أيضاً بالاجماع على الحكم بالبينة واليمين ، وليس هذا أحدهما ، وجوابه أن هذا ليس حكماً ، وإنما هو إقرار للحكم على حاله ، وهو معنى إنفاذه وعلى تقدير تسليمه فهو حكم بالبينة أيضاً ، فلا ينافي الاجماع المدعى ، ولو سلم عدم كونه حكماً بها منعنا الاجماع المذكور ، فان القول بجواز إنفاذ الحكم على هذا الوجه مذهب أكثر علماء الاسلام، ومنهم جملة الأصحاب سيما المتأخرين .

قلت : فيما حضرني من المختلف ذكر ذلك في مقام الرد على ابن الجنييد القائل بجواز العمل بالكتابة ، لا فيما نحن فيه ، فيمكن أن يكون قد سها نظره الشريف عن ذلك ، فظن فيما نحن فيه ، وإلا فهو موافق لجواز الحكم بالبينة على الوجه المزبور ، فتدبر .

وعلى كل حال ﴿ إذا عرفت هذا فـ ﴾ ساعلم أن ﴿ العمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود وغيرها من حقوق الله ﴾ تعالى بلا خلاف أجده فيه ، بل حكى الاجماع عليه غير واحد ، بل قد يشهد له التتبع ، وهو حجة لا ما ذكروه من درء الحدود بالشبهات التي لا محل لها بعد قيام البيّنات .

ألهم إلا أن يقال : إن الشبهة حاصلة للحاكم الآخر حتى لو سمع إنشاء حكمه فضلاً عن الشهادة به ، فلا يشرع قضاء التنفيذ في الحد ، للشبهة التي يسقط بها الحد المبني على التخفيف ، ولكن إن لم يكن إجماع فللنظر فيه مجال ، وعليه فالظاهر عدم مشروعية خصوص قضاء التنفيذ، أما التنفيذ من باب الأمر بالمعروف ووجوب طاعة الحاكم وأنه حجة الله على الناس فالظاهر ثبوته ، بل للحاكم الآخر استيفاء الحد بأمر الحاكم الأول كغيره ممن يأمره ، كما أن له جميع مراتب الأمر بالمعروف ، فن

حكم عليه حاكم آخر بالحد فله حبسه مع امتناعه ليتمكن الحاكم عليه بالحد منه ونحو ذلك ، فتأمل جيداً فإن المسألة غير محررة .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ ما ينتهي إلى الحاكم أمران : أحدهما حكم وقع بين المتخاصمين ، والثاني ﴾ حكم وقع منه بعد ﴿ إثبات دعوى مدعى على الغائب ، أما الأول فإن حضر شاهداً لانتهاء خصومة الخصمين وسعياً ما حكم به الحاكم وأشهدهما على حكمه ثم شهدا بالحكم عند الآخر ثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم وأنفذ ما ثبت عنده ﴾ كما عرفت التفصيل في ذلك ، وأن التحقيق عدم اشتراط حضورهما مجلس الخصومة وسماعهما شهادة الشهود إن كانوا ، بل ولا إشهاده ويكتفي فيها بحضور إنشاء حكومة الحاكم على وجه علم ذلك منه نحو باقي أفراد الانشاء ، وحينئذ ينفذه الحاكم الآخر بل الحاكم نفسه لو فرض نسيانه ﴾ لا أنه يحكم بصحة الحكم في نفس الأمر ﴾ كما صرح به في القواعد وغيرها ﴾ إذ لا علم له به ﴾ وربما كان مبناه مخالفاً لرأيه .

﴿ بل الفائدة فيه قطع خصومة المختصمين لو عاودا المنازعة في تلك الواقعة ﴾ وإن كان قد يتوهم أن له الحكم بثبوت الحق على نحو ما يحكم به بالبينة ، لأنه أحد الطرق المثبتة للحق ما لم يعلم خطأه ، بل أدلته بالنسبة إلى ذلك أقوى من أدلة البينة ، فله الحكم به بعد ثبوته عنده ، بل يمكن إرادة هذا المعنى من الانفاذ المزبور ، وذلك لأن الفرض وقوع الفصل في الخصومة من الحاكم الآخر ، فلا يتصور لها فصل آخر على نحو الفصل الأول . فليس حينئذ إلا الحكم بمعنى إنفاذ الحكم الأول على الوجه المزبور وإلا فالفائدة المزبورة موجودة في الحكم الأول أيضاً .

إلا أن ذلك كله كما ترى ، ضرورة كون الحكم من الحاكم مجرد لإلزام الخصم بالحق وفصل بينهما ، لا أنه هو دليل الحق كما أوضحنا ذلك

صابقاً ، فالإنفاذ حينئذ ليس إلا إلزام من الحاكم الثاني بما ألزمه به الحاكم الأول من حيث كونه حكم حاكم يجب طاعته ولا يجوز نقضه ، وقد تقدم بعض الكلام فيما له تعلق في المقام في المسألة الثالثة بعد ذكر الآداب فلاحظ ﴿ و ﴾ تأمل .

هذا كله مع حضور شاهدي الإنهاء لإنشاء الحكم من الأول فـ ﴿ ان ﴾ لم يحضرا الخصومة فحكى لما الواقعة وصورة الحكم وسمى المتحاكين بأسمائهما وآبائهما وصفاتها واشهدهما على الحكم ففيه تردد ﴿ فضلاً ﴾ عن أدنى ذلك من الصور من أن إخباره بذلك بمنزلة شاهد واحد على صدور إنشاء الحكم ، وليس هو إقراراً ، لأنه في حق الغير ، ومن إطلاق ما دل على كونه حاكماً (١) والنهي عن الرد عليه (٢) وأنه حجة (٣) في ذلك إخباراً وإنشاءً . ﴿ و ﴾ لكن ﴿ القبول أولى ﴾ وفاقاً للأكثر ، بل لم أجد فيه خلافاً سوى ما يحكى عن الشيخ في الخلاف ، بل قيل : إن ظاهره دعوى الإجماع عليه ، إلا أنني لم أجد من وافقه عليه سوى بعض متأخري المتأخرين ، بناءً منهم على أن الأصل يقتضى عدم جواز الإنفاذ في غير صورة القطع ، لأنه قول بغير علم ، خرج ما خرج وبقي ما بقي .

ودعوى أولوية القرض مما قام على إنشائه شاهدان عدلان ممنوعة ، إذ ليس الحاكم إلا عدل واحد . وفيه أن مشاهدتها لإنشاء حكمه إنما هو من حيث قرائن الأحوال على ذلك ، وليست هي أولى من إخباره به ، على أنه شيء لا يعلم إلا من قبله ، فيكون مصدقاً فيه وإن تعلق به حق الغير . بل لا يبعد استفادة حجية إخباره به مما دل على حجية إنشائه ، بل هو مقتضى قوله (عليه السلام) : « هو حجتى عليكم » (٤) وان

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ .

(٣) و (٤) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ٩ .

الراد عليه راد علينا (٥) بل قد يقال : إن كل من جعل حجة في شيء كان إخباره به مصدقاً فيه تعلق بالغيب أو لا .

ولعله إلى ذلك أشار المصنف بقوله : ﴿ لأن حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً ﴾ وبذلك ينقطع الأصل المزبور ، هذا كله مع فرض إرادته الإخبار بذلك ، أما إذا حكى حال الخصومة وقصد الانشاء فعلاً للشهاد بناءً على صحة ذلك منه فلا ينبغي التوقف فيه ، إذ تلك المقدمات يكفي فيها إخباره ، لأن احتمال اعتبار التمدد فيها لأنها من مواضع الشهادة يمكن منعه .

﴿ وأما الثاني وهو إثبات دعوى المدعي ﴾ على غائب ﴿ فـ ﴾ الكلام فيها كالسابقة إلا أن الفرق بينها حضور الخصمين في الأول دون الثاني ، وحيث إذا أردت تصويره كالأول الذي قد عرفت الحال في اعتبار ما ذكر شرطاً فيه قلت : ﴿ إن حضر الشاهدان الدعوى وإقامة الشهادة والحكم بما شهد به ﴾ الشاهدان مثلاً ﴿ وأشهدهما على نفسه بالحكم وشهدا بذلك عند الآخر قبلهما وأنفذ الحكم ﴾ على حسب حاله الذي لا يمنع كون الغائب على حجته .

وإن أردت تصوير صورة الإخبار قلت : ﴿ ولو لم يحضرا الواقعة وأشهدهما بما صورته أن فلان بن فلان الفلاني ادعى على فلان بن فلان الفلاني كذا وشهد له بدعواه فلان وفلان ويذكر عدالتها أو تركيتها فحكمت وأمضيت في الحكم به تردد ﴾ على نحو ما عرفت في المسألة السابقة ﴿ مع أن القبول أرجح خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى وشهادة الشهود ﴾ لتأكيد إخباره بذلك ، وقد عرفت أن الأقوى قبول إخباره بحكمه للمدعي على فلان الغائب أو الحاضر في كذا من دون ذكر شيء

من ذلك ، وكذا الكلام في الشهادة على إنشائه الحكم من دون هذه الأمور ، لعموم الأدلة وإطلاقها كما عرفت . نعم ينبغي ضبط أسماء الشهود ليتمكن الخصم من الجرح ونحوه ، وكذا غير ذلك مما له مدخلية في بقاء الخصم على حجته ، هذا كله في الحكم .

﴿ أما لو أخبر ﴿ الحاكم الأول مثلاً ﴾ حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثاني ﴾ لأن الثبوت ليس حكماً كي يندرج في أدلة الانفاذ ﴾ وليس كذلك لو قال : حكمت فـ ﴾ سانه يندرج في أدلة الانفاذ كما عرفت إلا ﴾ أن في ﴾ ثبوت حكم ﴾ هـ ﴾ بإخباره ﴾ تردداً ﴾ قد عرفت الكلام فيه وأن القبول أرجح .

هذا ولكن في المسالك ما يظهر منه أن وجه التردد غير ذلك قال : « قد ظهر من الأدلة المجوزة لقبول إنفاذ الحكم أن موردنا الضرورة إلى ذلك في البلاد المتباعدة عن الحاكم الأول ، فذهب بعض الأصحاب إلى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطة ، وهم الشهود على حكم الأول ، فلو كان الحاكمان مجتمعين وأشهد أحدهما الآخر على ذلك لم يصح إنفاذه ، لأن هذا ليس من محل الضرورة المسوغة للانفاذ المخالف للأصل . »

وفيه أن ذلك ليس قولاً لأحد من أصحابنا ، ولم نعرف أحداً حكاه غيره ، والضرورة المذكورة في الدليل إنما هي حكمة أصل المشروعية للانفاذ ، لا أنها علته ، على أنها قد تتحقق فيه لقطع الخصومة مع عدم التباعد . وحينئذ فلا إشكال في إنفاذه له مع فرض حضوره الانشاء ، ضرورة كونه أقوى من إثباته له بالبينة ، كما أنه لا إشكال في إنفاذه له بإخباره بناءً على ثبوته بذلك ، إذ هو أقوى من ثبوت إخباره بالبينة قطعاً . وحينئذ فالتردد في أصل ثبوت الانشاء بإخباره وهو الذي قد ذكر

ج ٤٠ (حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول بعد إنهاء الحكم إلى الثاني) ٣١٧

المصنف في صدر المبحث وحكى عن الشيخ في الخلاف المنع، والوجه ثبوته به ، سواء شافه الحاكم الثاني به أو ثبت بالبينة إخباره بذلك ، لظهور الأدلة في قبوله مخبراً ومنشئاً .

وعلى كل حال فالفرق بين الثبوت والحكم واضح ، ضرورة عدم جواز الحكم من حاكم بالثبوت عند غيره ، وليس هو حكماً حتى يجب عليه إنفاذه ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ صورة الانهاء ﴾ بالبينة وإن كان قد عرفت عدم اعتبار جملة من ذلك فيها ﴿ أن يقص الشاهدان ما شاهدها من الواقعة وما سمعاه من لفظ الحاكم ويقولان : وأشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك وأمضاه ، ولو أحال على الكتاب بعد قراءته ﴾ عليهما ﴿ فقالا : أشهدنا الحاكم أنه حكم بذلك جاز ﴾ لأنها شهادة على أمر مفصل معلوم بالقراءة عليهما . وبالجملة فالأمر في هذه الشهادة كغيرها من الشهادات ﴿ و ﴾ من هنا كان ﴿ لا بد ﴾ فيها ﴿ من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه ﴾ .

﴿ و ﴾ حيثل فـ ﴿ سلواشبهه على الثاني ﴾ لعدم ضبط الشهود له بما ترفع الجهالة عنه ﴿ أوقف الحكم حتى يوضحه المدعي ﴾ بطريق شرعي كشهادة غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك ، كما هو واضح .

﴿ ولو تغير حال ﴾ الحاكم ﴿ الأول ﴾ بعد حكمه ﴿ بموت أو عزل لم يقدح ذلك في العمل بحكمه ﴾ بلا خلاف أجده فيه للأصل ﴿ و ﴾ إطلاق الأدلة فـ ﴿ سان تغير بفسق لم يعمل بحكمه ﴾ كما في القواعد والارشاد والدروس والمسالك وغيرها ، بل في الأخير و فرقوا بينه وبين الموت بأن ظهور الفسق يشعر بالحبث وقيام الفسق يوم الحكم،

وظاهره النسبة إليهم ، إلا أنه لا يخفى عليك ضعف الفرق المزبور . ولذا نظر فيه في المسالك بعد حكايته ، ثم حكى عن بعض العامة جواز إنفاذه كالموت ، قال : « وأما الانفاذ السابق على ظهور الفسق فيقر عليه كأصل الحكم » .

وإليه أشار المصنف بقوله : **ويقر** ما سبق إنفاذه على زمان فسقه وكذا الفاضل في القواعد والارشاد ، ويرجع حاصله - بناءً على أن المراد العمل بأصل الحكم لا خصوص إنفاذه ، كما عساه يظهر من المتن بل والمسالك وغيرها - إلى أن الحكم قبل الفسق إن أنفذه حاكم آخر قبل الفسق عمل به وإلا فلا ، إلا أنه لا نعرف له دليلاً يقطع العذر ، وإن كان قد يقال : إنه مع حكم الآخر بانفاذه يكون العمل في الحقيقة بحكم الثاني ، فلا يقدح فسق الأول بخلاف الفسق قبل الإنفاذ ، كما أنه قد يقال : إن مراد الأصحاب اشتراط حكم الثاني بانفاذه ببقاء الأول على وصف العدالة لا بطلان حكم الأول بتجدد الفسق على وجه تعود الدعوى كما كانت قبل الحكم ، ضرورة منافاة ذلك لجميع الأدلة ، بخلاف ما ذكرناه ، فإنه قد يكون وجهه أصالة عدم نفوذ الحكم بالانفاذ ، بل هو حينئذ كفسق الشاهد بعد الشهادة قبل الحكم ، وحينئذ يكون الفسق مانعاً من الحكم بانفاذه بخلاف الموت المقتضي الخروج الموضوع عن قابليته ، فلا إسناد للحكم إليه ، أما الفسق فهو حكم فاسق فعلاً .

وعلى كل حال فالمراد بالحكم بانفاذه وعدمه ، لا أصل العمل بحكمه في خصوص ما حكم به ، وإلا لاقتضى ذلك بطلان ما وقع من العمل بفتاواه الذي هو أولى بذلك من الحكم ، وهو معلوم البطلان . ولكن الانصاف أنه خلاف ظاهر عبارات ، بل لا وجه له أيضاً ، ضرورة التلازم بين صحته في نفسه وبين إنفاذه ، فلا معنى لكونه

صحيحاً يجب إنفاذه بمقتضى الأمر بالمعروف ولكن لا يجوز الحكم بانفاذه، فلا محيص عن القول بكون المراد بطلان العمل به على معنى عرد الدعوى كما كانت قبله ، كما لا بعد في التزام ذلك في الفتوى أيضاً ، على معنى عدم جواز العمل بها في الزمان المتأخر عن الفسق ، أما ما مضى فلا يتقض العمل الواقع بها .

بل لعل الأمر في الحكم كذلك أيضاً ، على معنى أنه إن عمل به بعد صدوره وأخذ الحق ممن عليه ودفع لمستحقه وتمت آثاره لم ينقض لوقوع الفسق بعده ، وهو المراد من إقرار ما سبق إنفاذه على زمان فسقه بل لا موضوع لعدم العمل به ، بخلاف ما إذا لم يعمل به بعد ، بأن صدر من الحاكم ثم لم ينفذ بعد بالمعنى الذي سمعت ففسق ، فإنه لا يجوز إنفاذه فيه ولا في غيره ، من غير فرق بين القضاء بالنفوذ وبين ترقب الآثار عليه .

ويمكن استفادة بعض ما ذكرناه من خبر الحسين بن روح (١) المروي عن كتاب الغيبة للشيخ عن أبي محمد الحسن بن علي (عليهما السلام) أنه سئل عن كتب بني فضل ، فقال : أخذوا بها رووا وذروا ما رأوا ، بناءً على إرادة الفتوى من الرأي فيه لا الوقف .

بل منه يستفاد أن الفتوى المعمول بها يبطل العمل بها من حين الفسق وما تأخر عنه في الزمان المستقبل فيما تجدد من أفرادها من الصلاة ونحوها ، دون ما تقدمها من ذلك المبني على أصل الصحة والبراءة وغيرهما من قاعدة الاجزاء ونحوها ، بل ليس هو مصداقاً لقوله (عليه السلام) : « ذروا » .

ولو فسق قاضي التنفيذ قبل العمل لم يعمل على حكمه ، وبقي الحكم الأول كما إذا لم يحكم بانفاذه .

وبذلك كله ظهر لك المراد من عدم العمل بالحكم بعد الفسق قبل النفوذ ، ومن إقراره مع سبق نفوذه على الفسق ، بل ظهر لك ذلك في الفتوى .

بل قد يشكل أصل العمل بالحكم من الحاكم الذي حكم حاكم آخر بانفاذه مع الفسق من الأول بعد الانفاذ بأن مقتضاه بطلان الحكم الأول بالفسق المتأخر عنه ، وتبعية بطلان التنفيذ الذي هو تابع لصحة الأول . اللهم إلا أن يقال بعدم تأثير الفسق في الأول مع سبق الحكم بالانفاذ ، ضرورة اقتضاء الفسق البطلان من حينه لا من الأصل ، ولا وجه له بعد الحكم بصحته من الحاكم الذي لم يصدر ما يقتضي بطلان حكمه ، فيبقى على أصل الصحة المقتضي للعمل بالحكم الأول ، هذا كله في الفسق . أما غيره من العوارض كالجنون والموت ونحوهما فالأصل يقتضي بقاء حكمه على الصحة المقتضي لتنفيذه بالمعنيين ، بل قد يستفاد من ذلك حكم فتواه أيضاً الذي قلد ببعض أفرادها ، ضرورة تضمن الحكم للفتوى المفروض عدم انتقاضها أيضاً بذلك ولو للأصل المزبور الذي لم يدل دليل على اشتراط أضدادها حين العمل بما يتجدد من أفراد الفتوى السابقة التي فرض التقليد فيها ، نعم الظاهر الاجماع على عدم جواز العمل ابتداءً بفتاوى الأموات ، أما غير ذلك فلم يثبت .

بل يتجه حينئذ جواز العمل بفتوى من عرض له الجنون مثلاً ابتداءً مع عدم الاجماع فضلاً عن الاستدامة ، ضرورة كون المستفاد من الأدلة اعتبار هذه الشرائط في حصول الفتوى ، بمعنى صدورها حال كونه عاقلاً مثلاً ، لا أنه يعتبر حال العمل بها كونه كذلك ، بل لعل ملكة الاجتهاد كذلك أيضاً على إشكال ، ولكن الاحتياط طريق النجاة .

وبذلك يظهر لك النظر في كلام الكركي في كتاب الأمر بالمعروف

ج ٤٠ (عدم تأثير تغيير حال المكتوب إليه في حجية الكتاب) - ٣٢١ -

بل وغيره من الأصحاب ، فلاحظ وتأمل ، فإن المسألة غير محررة .
والأصل فيه أن مقتضى الاطلاق عدم شرطية غير ما علم اشتراطه بعد
عدم إطلاق في دليل الشرطية يقتضي أزيد من ذلك ، ضرورة كون المسلم
العلم بمدخلية العقل ونحوه في الجملة ، فمن اللازم الانتصار على المتيقن
وبقاء غيره على مقتضى الاطلاق ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ سلا ﴾ أثر لتغير حال المكتوب إليه في
الكتاب ﴿ بموت أو عزل أو فسق أو غيره ﴾ بل كل من قامت عنده
البينة ﴿ من الأحكام ﴾ بأن الأول حكم به وأشهدهم على ذلك عمل
بها ﴿ لعموم دليل حجيتها المقتضي حيثنذ كون حكمه بذلك كالمعلوم ،
فيجب الحكم بانفاذه ﴾ إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من
الأحكام ﴿ لأن حكمه حكمهم (عليهم السلام) سواء كتب إليه أم لا ،
نعم ليس لمن اتفق عزله عن نصب الحكومة الحكم بالانفاذ سواء كان
خليفة الأول أو غيره .

وتصح الكتابة عندنا لواحد بخصوصه في الانفاذ ولما لطلق الأحكام وإن
كان لا يختص الحكم به في المكتوب إليه خلافاً لبعض العامة ، فلم يجوز
الكتابة إلى غير المعين ، وهو واضح الضعف ، كوضوحه في كثير مما
ذكروه في كتبهم من هذه المسائل وغيرها مما هو غير منطبق على أصولنا ،
لأن مبناه على قياس أو استحسان .

﴿ مسائل ثلاث : ﴾

﴿ الاولى : ﴾

﴿ إذا أقر المدعى عليه بأنه ﴾ المحكوم عليه ﴾ و ﴿ أنه هو المشهود عليه ألزم ﴾ه الحاكم بأداء ما عليه بلا خلاف ولا إشكال .
 ﴿ ولو أنكر و ﴾ لم تكن شهادة الشهود على عينه بل ﴾ كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق ﴾ فيه مع غيره ﴾ غالباً ف ﴾ لا ريب في أن ﴾ القول قوله مع يمينه ما لم يقيم المدعي بينة ﴾ بل عن بعضهم بطلان أصل الحكم على عنوان مشترك بين متعددين كمحمد بن أحمد ونحوه ، لأن المحكوم عليه منهم لم يتعين بإشارة ولا وصف ، حتى لو حضر رجل واعترف بأنه محمد بن أحمد المعني بالكتاب لم يلزم ذلك ، لبطلان الحكم في نفسه ، إلا أن يقر بالحق فيؤاخذ به ، بخلاف ما لو استقصى الوصف ولم يقصر وظهر الاشتراك واتفق اشتباهه ، ولعله لا يخلو من وجه ، لقصور أدلة الحكم على الغائب عن مثل الفرض وإن كان ظاهر المصنف الالتزام ، بل هو صريح المسالك والدروس .

قال في الأخير : « لو اقتصر القاضي على صفة مشتركة غالباً كأحمد بن محمد وأقر واحد أنه المعني بالحكم ألزم ، وقيل لا ، لأنه قضاء مبهم ، فيبطل من أصله ، وهو بعيد » .

وفي القواعد « ولو قصر القاضي فكتب اسم المقر أو المشهود عليه واسم أبيه خاصة فأقر رجل أنه يسمى باسمه وأن أباه يسمى باسم أبيه وأنه المعني بالكتاب ولكن أنكر الحق فالوجه أنه يلزم بالحق على إشكال ينشأ من أن القضاء المبهم في نفسه غير ملزم ، وهو صريح فيما قلناه وإن

ج ٤٠ (حكم ما لو أنكر المدعى سايه بأنه المحكوم عليه سابقاً) - ٣٢٣ -

توقف في الفرض من حيث احتمال كون الإيهام في الكتابة لا في عنوان الحكم.
وفي التحرير ، ولو قصر القاضي فكتب أي حكمت على جعفر بن محمد فالحكم باطل حتى لو أقر رجل بأنه جعفر بن محمد وأنه المقصود بالكتاب ولكن أنكر الحق لم يلزمه شيء بالقضاء الميهم ، بل أرسل في غاية المراد بطلان الحكم لإرسال المسلمات وإن كان الانصاف عدم خلوه من البحث إن لم يكن إجماعاً .

وكيف كان فإن نكل حلف المدعي وتوجه عليه الحكم ، وإن قال : لا أحلف أنه ليس اسمي ولا نسبي ولكن أحلف على أنه لا يلزمي شيء فني إجابته وجهان ، أحدهما في المسالك وغيرها عدمه ، لقيام البينة على المسمى بهذا الاسم ، وذلك يوجب الحق عليه .

وفيه أن قيامها عليه بعد فرض الاشتراك لا يوجب الحق عليه ، فالأولى تعليقه بأن المدعى عليه كونه المحكوم عليه بكذا ، فلا يكفي الحلف على ذلك ، اللهم إلا أن يصرح بإرادة الإلزام ولو من الحاكم ، وحينئذ فيجبه انطباق اليمين على المدعي ، وبذلك يفرق بين المقام وما تقدم سابقاً من الاكتفاء باليمين على براءة الذمة في جواب دعوى القرض مثلاً ، هذا كله مع اشتراك الوصف .

﴿ و ﴾ أما ﴿ إن كان الوصف مما يتعذر اتفاقه إلا نادراً لم يلتفت إلى إنكاره ﴾ الحكم عليه بعد اعترافه بأنه المسمى بذلك الاسم وبالوصف أو قيام البينة عليه بذلك بلا خلاف أجده بين من تعرض ﴿ لأنه خلاف الظاهر ﴾ وهو كذلك مع فرض كون الاحتمال لا يقدر في الاطمئنان الذي هو علم في العادة ، أما غيره فمشكل ، لأن أقصاه الظن ، ولا دليل على اعتباره هنا بحيث يقطع قاعدة المدعي والمنكر .
﴿ ولو ادعى أن في البلد مساوياً له في الاسم والنسبة كلف إباتته

فإن كان المساوي حياً مثل ، فإن اعترف أنه الغريم ألزم وأطلق الأول ، وإن أنكر وقف الحكم حتى يتبين ﴿ كذا ذكره غير واحد ، لكن قد يشكل الأول بعد فرض كون المدعي خص الأول في الدعوى ، فإن اعتراف الثاني لا يقتضي سقوط دعواه ، بل لا يجوز له الدعوى على الثاني وأخذ الحق منه ، ولكن مع فرض الاشتراك يتوجه له اليمين عليه على قاعدة المدعى والمنكر .

ومنه يعلم الإشكال في الثاني الذي ذكر فيه وقوف الحكم ، نعم مع فرض عدم دعوى من المدعي على خصوص الأول وإنما دعواه على حسب عنوان المكتوب المفروض اشتراكه قد يتم ذلك على إشكال في وقوف الدعوى ، لاحتمال توجه اليمين له على كل منها بناءً على صحة الدعوى بمثل ذلك من الوارث ونحوه ، ولا يكون فيها يمين ردّ ، هذا كله مع كونه حياً .

﴿ و ﴾ أما ﴿ إن كان المساوي ميتاً وهناك دلالة تشهد بالبراءة إما لأن الغريم لم يعاصره أو لأن تاريخ الحق متأخر عن موته ﴾ أو غير ذلك ﴿ ألزم الأول وإن ﴾ لم يكن دلالة تشهد على ذلك ، بل ﴿ احتمال ﴾ كون الحق عليه ﴿ وقف الحكم حتى يتبين ﴾ وفيه البحث السابق .

المسألة الثانية : ﴿

قد تقدم البحث في أن ﴿ للمشهود عليه ﴾ في عين أو دين ﴿ أن يمنع من التسليم ﴾ للمالك أو وكيله ﴿ حتى يشهد القابض ﴾ له على ذلك ، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، وفي ضمانه للعين حينئذ في زمان الامتناع وجهان .

﴿ ولو لم يكن بالحق شاهد قيل : لا يلزم بالأشهاد ﴾ لتسكنه حيثئذ من إنكار الأصل لو نازعه ﴿ ولو قيل : يلزم كان حسناً حسناً لمادة المنازعة أو كراهة لتوجه اليمين ﴾ وقد تقدم الكلام في ذلك مفصلاً في باب الوكالة ، فلاحظ وتأمل .

المسألة الثالثة : ﴿

﴿ لا يجب على المدعى دفع الحجة مع الوفاء ﴾ لأنها ملكه والناس مسيطرون على أموالهم و﴿ لأنها حجة له لو خرج المقبوض مستحقاً ﴾ مثلاً .
﴿ وكذا القول في البائع ﴾ مثلاً ﴿ إذا التمس المشتري كتاب الأصل ﴾ لأنه ملكه و ﴿ لأنه حجة له على البائع الأول لو خرج المبيع مستحقاً ﴾ مثلاً والله العالم .

الفصل الثاني

﴿ في لواحق من احكام القسمة ﴾

التي لا ريب في شرعيتها كتاباً بقوله تعالى (١) : « فاذا حضر القسمة » و « نبئهم أن الماء قسمة بينهم » (٢) وسنة ، فقد روي (٣) « أن

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٨ .

(٢) سورة القمر : ٥٤ - الآية ٢٨ .

(٣) روى ذلك الشيخ في المبسوط ج ٨ ص ١٣٢ .

عبد الله بن يحيى كان قسماً لأمر المؤمنين (عليه السلام) وقد قسم رسول الله (صلى الله عليه وآله) خير على ثمانية عشر سهماً (١) وقال (صلى الله عليه وآله) : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة » (٢) وغير ذلك من النصوص ، وإجماعاً بقسميه . بل ضرورة وقد تقدم الكلام في حقيقتها ، وأنها ليست بيعاً عندنا وإن اشتملت على ردّ ، بل وفي جملة من أحكامها في كتاب الشركة (٣) .

﴿ و ﴾ حيثند ف ﴿ بالنظر ﴾ هنا ﴿ في القاسم والمقسوم والكيفية والواحق ﴾ :

﴿ اما الاول ﴾ :

﴿ ف ﴾ لا ريب في أنه ﴿ يستحب للامام (عليه السلام) أن ينصب قاسماً ﴾ لأنها حيثند من المصالح العامة التي ينبغي للامام القيام بها، بل في القواعد عليه الاجماع، إلا أن الظاهر إرادته الاستحباب المذكور ﴿ كما ﴾ عبّر به في تحريره وإرشاده أو في بعض الوجوه المتوقف قطع النزاع عليه ، وقد ﴿ كان لعلي (عليه السلام) ﴾ قاسم اسمه عبد الله ابن يحيى (٤) والظاهر كما قيل الحضرمي الذي هو من شرطة الخميس المبشر من أمير المؤمنين (عليه السلام) بالجنة (٥) .

(١) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٣٢ .

(٢) سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٠٢ .

(٣) راجع ج ٢٦ ص ٢٠٩ - .

(٤) روى ذلك الشيخ في المبسوط ج ٨ ص ١٣٣ .

(٥) رجال البرقي ص ٣ ط ايران عام ١٢٤٢ هـ ش .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف في أنه ﴿ يشترط فيه البلوغ وكال العقل ﴾ لعدم قابلية الفاقدهما بعد كونه كالبهائم لذلك ، بل ﴿ والايمان ﴾ بالمعنى الأخص فضلاً عنه بالمعنى الأعم بل ﴿ والعدالة ﴾ لعدم قابلية فاقدها فضلاً عن فاقده لتنصب الامام له وجعله أميناً له في قسمة الاجبار وغيرها على وجه تمضي قسمته كما تمضي حكومة الحاكم ، بل هي قسم من الحكومة . ﴿ و ﴾ من هنا اشترط أيضاً فيه ﴿ المعرفة بالحساب ﴾ ونحوه مما تحتاج إليه القسمة غالباً على نحو اشتراط ما يحتاج إليه القاضي في القضاء .

نعم قد يتوقف في أصل استفادة كون ذلك من المناصب مما وصل إلينا من الأدلة ، إذ ليس إلا ما سمعته من أنه كان لعلي (عليه السلام) قاسم (١) وهو أعم من ذلك ، لاحتمال إعداده لايقاع هذا الفعل لو احتج إليه ، لا لأنه منصب وولاية كنصب القضاء والامارة ، بل لعله كالكتابة والوزن ونحوهما ، ألهم إلا أن يكون إجماع كما هو ظاهر إرسالهم له إرسال المسلمات ، فيكون حينئذ هو الحجة فيه وفي اشتراط الشرائط المزبورة .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لا يشترط ﴾ فيه ﴿ الحرية ﴾ عندنا . بل يجوز أن يكون عبداً إذا استنجم الشرائط وأذن المولى ، خلافاً لبعض العامة ، كما لا يشترط في صحة القسمة حضوره بلا خلاف ﴿ و ﴾ لا إشكال ، ف ﴿ لو تراضى الخصمان ﴾ مثلاً ﴿ بقاسم ﴾ غير قاسم الامام جاز قطعاً .

بل ﴿ لم يشترط ﴾ فيه ﴿ العدالة ﴾ لأنه وكيل عنها ، بل ولا الاسلام ، كما أشار إليه المصنف بقوله : ﴿ وفي التراضي بقسمة الكافر

(١) راجع التليقة (٤) ص ٣٢٦ .

حتى أنه أساء الأدب ، ونسبهم في ذلك إلى متابعة العامة .
 وجزم هنا في المسالك بالصحة في الفرض ، وقال : « كما تصح
 المعاطاة في البيع ، إلا أن المعاطاة فيه يتوقف لزومها على التصرف من
 حيث إن ملك كل واحد من العوضين للآخر فيستصحب ملكه إلى أن
 يتصرف أحدهما باذن الآخر فيكون رضاً منه بكون ما في يده عوضاً عن
 الآخر ، أما القسمة فإنها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الآخر ، وما يصل
 إلى كل منها هو عين ملكه لا عوضاً عن ملك الآخر ، فيكفي تراضيهما
 عليها مطلقاً . »

وفيه - بعد الاغضاء عما في القياس على المعاطاة في البيع الظاهر الفرق
 بينها - أن ذلك يقتضي الاحتياج إلى القرعة التي هي لخراج مثل ذلك ،
 لا الاستغناء عنها والاكتفاء بمجرد التراضي الذي هو مقتضى المعاوضة
 لا التمييز والتعين ، وحينئذ فالمنتج اعتبارها في المال المشترك المتحد سبب
 الشركة فيه ، إذ ليس في الأدلة ما يقتضي تحقق القسمة بدونها ، فأصالة
 بقاء الشركة حينئذ بحالها بعد عدم دليل على الاكتفاء بالرضا معيناً إلا القياس
 على كلي الدين ونحوه مما استفيد الاكتفاء بالقبض مثلاً من أدلة الوفاء
 والأمر بالاعطاء ونحو ذلك .

ونصوص القسمة - بعد احتمال اعتبار القرعة في مفهومها باعتبار أنها
 تمييز الحق عن الآخر ولا يميز له في الشرع غير القرعة التي هي لكل أمر
 مشكل ومشتبه - لا إطلاق فيها ، خصوصاً بعد معروفة الاقراء في قسمة
 الشركات بين العوام والخواص ، وظاهر الاساطين من الأصحاب المفروغية
 من اعتبارها فيها .

بل قد يتوقف في قيام الصلح مقامها ، باعتبار عدم معلومية العوض
 والمعوض عنه لأحدهما وإن كان يقوى في النظر جوازه ، لعدم أدلته حتى

ج ٤٠ (عدم الفرق بين منصوب الامام للقسمة وغيره مع الرضا) - ٣٣١ -

لو قلنا باستحقاق الشريك حصة معينة في علم الله تعالى ، وهي التي تخرج بالقرعة لو أقرع ، فانه حينئذ إن صادف المغايرة أثره وإلا كان لغواً ، والثمرة حاصلة . بل لا يبعد الاكتفاء بالتراضي على جهة معاطاته ، بل ينبغي الجزم بمشروعية الصلح وبمعاطاته ، بل وغيرهما كالبيع ونحوه في الشركات المتعددة المختلفة جهة الشركة فيها ، فيصالحه حينئذ عما يستحقه في هذا بما يستحقه في الآخر .

ولكن لا يخفى عليك أن ذلك كله ليس قسمة ، بل هو حينئذ صلح تلحقه أحكامه ، والمراد هنا تحقق القسمة التي هي أصل برأسها بمجرد التراضي وليس في الأدلة ما يقتضيه .

نعم الظاهر عدم اعتبار الرضا بعد القرعة مع فرض سبق الرضا بالقسمة بها ، ضرورة ظهور أدلتها في اقتضاءاتها التعيين والتمييز ، فمع حصوله بها لا دليل على عوده ، بل إن كان مراد من قال باعتبار الرضا بعدها في لزوم حصول الملك بها ولكنه جائز حتى يرضى بعدها كان محجوجاً حينئذ باستصحابه بعد عدم الدليل على فسخه .

وبذلك ظهر لك ما أظن فيه في الرياض الذي محصله أصالة بقاء الشركة المقطوع بظاهر أدلة القرعة وصدق القسمة وباستصحاب الملك وغير ذلك ، وقد ذكرنا جملة من الكلام في كتاب الشركة وخصوصاً فيما سمعته من المحدث البحراني ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم والمادي .

كما أنه ظهر لك أيضاً عدم الفرق حينئذ فيما ذكرنا بين منصوب الامام (عليه السلام) وغيره ، ضرورة كونه في غير قسمة الاجبار كمنصوبها ، فمع فرض اعتبار الرضا بعد القرعة في صحة القسمة لم يتفاوت ذلك بين الامام (عليه السلام) وبين غيره ، إذ هو منصوب للقسمة الشرعية ، بل يتجه في قسمة الاجبار اعتبار رضاه بعدها أيضاً عوضاً عنها ،

لأن القسمة مفهوم واحد لا تختلف حقيقتها باختلاف القاسم ، كما هو واضح .
وحينئذ فاتفقهم على عدم اعتباره بعدما فيه دليل على تحققها وصحتها
بدونه في غيره أيضاً ، إذ ليس قسمته بين الشريكين برضاها حكماً منه ،
بل هو كأحد أفراد القسمة .

وكذا ظهر لك أيضاً عدم الفرق بين قسمة الرد وغيره ، ضرورة
أنها قسم من القسمة المفروض إفرادها بالقرعة وإن استتبع وجوب الرد على
من خرج له النصيب الأوفر بها فهو استحقاق آخر يتبع القسمة المزبورة ،
وليس هو معاوضة مستقلة خارجة عن القسمة كي يعتبر فيها التراضي ،
بل أقصاها تعاوض شرعي من توابع القرعة التي قد عرفت أنها مميزة
في قسمة الرد وغيرها .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ سيجزىء القاسم الواحد إذا لم يكن
في القسمة رد ﴾ في مذهب الأصحاب كما في المسالك ، بل لم يحك هو
الخلاف في ذلك إلا عن بعض العامة ، فاعبر التعدد فيها جاعلاً لها من
قسم الشهادة ﴿ و ﴾ هو كما ترى ، بل مناف لما سمعته من نصب
علي (عليه السلام) قاسماً واحداً (١) .

نعم ﴿ لا بد من اثنين ﴾ فصاعداً ﴿ في قسمة الرد ﴾ ، لأنها تتضمن
تقريباً ، فلا ينفرد الواحد به ﴿ لأنه من مقام الشهادة ﴾ و ﴿ إن
كان ﴾ يسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك ﴿ لأن الحق لهما ، وهما
مسلطان عليه . ومن هنا قال في المسالك : لا إشكال في اعتبار العدد
منها حيث لا يترضى الشريكان بالواحد ، لأن العدد شرط في التقويم مطلقاً .
ولكن قد ينافيه (أولاً) ما سمعته من نصب علي (عليه السلام)
قاسماً واحداً (٢) وإلا كان المتجه نصب الاثنين احتياطاً ، لاحتمال حصول

(١) و (٢) راجع التعليقة (٤) من ٣٢٦ .

الردّ في القسمة . و (ثانياً) أن التقويم غير منحصر في قسمة الردّ ، فان كثيراً من الأموال المشتركة المختلفة كالحيوانات ونحوها لا تقسم إلا بالتقويم وإن لم يكن فيها ردّ ، واحتمال إرادة ذلك كله من قسمة الردّ على معنى أنه قد يكون فيها ردّ ماف لما هو المصطلح عندهم من أن قسمة الرد المشتبهة على دفع مال آخر من أحد الجانبين ، ولذا أطلقوا عدم الجبر فيها بخلاف باقي ما يقسم بالتقويم الذي لا ردّ فيه ، فانه يجبر عليه . و (ثالثاً) أن التقويم لا مدخلة له في القسمة التي هي لإراز الحق ، وإنما هو من مقدماته ، والفرض ظهور كلامهم في تعدد القاسم لا المقوم ، على أنه يمكن القول بتولي الواحد القسمة فيها وإن احتج إلى التعدد بعدها في تقويم ما زاد في أحد النصيبين ، إذ ذاك أمر خارج عن القسمة . ومن هنا كان لملي (عليه السلام) قاسم واحد (١) فتأمل جيداً .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ - أجره القسّم ﴾ المنسوب من قبل الامام (عليه السلام) ﴿ من بيت المال ﴾ المعد للمصالح التي منها القسمة إن لم يكن يرتزق منه وإلا فلا أجره له ، لقيام ارتزاقه منه مقامها ، بل يمكن إرادة ذلك منها ، كما عساه ظاهر القواعد حيث عبر أولاً بالارتزاق وثانياً بالأجرة ، لاختصاص منفعة عمله بغيره ، بخلاف المؤذن ونحوه ممن شرك مع الغير في الانتفاع ، فانه يعبر عنه بالارتزاق والأمر سهل .

وعلى كل حال فذلك له من بيت المال إذا نصب على هذا الوجه ﴿ فان لم يكن إمام ﴾ ينصب للقسمة شخصاً كذلك ﴿ أو كان و ﴾ لكن ﴿ لا سعة في بيت المال ﴾ ولو لوجود الأهم من ذلك لتجهيز جيش أو سدّ ثغر ﴿ كانت أجرته على المتقاسمين ﴾ وإن كانت قسمة

(١) راجع التعليقة (٤) من ص ٣٢٦ .

إجبار أو كان الطالب للقسمة أحدهم ، خلافاً لما عن أبي حنيفة وأحد وجهي الشافعية فيختص بالطالب ، وفيه أن العمل المحترم قد وقع لهم أجمع فيستحق عرضه ما لم يقصد التبرع به ﴿ فان ﴾ كانت القسمة بسؤالهم و﴿ استأجره كل واحد ﴾ منهم ﴿ بأجرة معينة ﴾ عليه ﴿ فلا بحث ﴾ في استحقاق ذلك المعين من غير ملاحظة السهام أو الرؤوس .

نعم قد ذكرنا إشكالات من جهة أخرى فيما لو فرض ترتب العقود وكان الشركاء اثنين مثلاً فعقد واحد لافراز نصيبه ، فعلى القسام إفراز النصيبين ، وتميز كل واحد منهما عن الآخر ، لأن تمييز نصيب المستأجر لا يمكن إلا بتمييز نصيب الآخر ، وما يتوقف عليه الواجب فهو واجب فإذا استأجر بعد ذلك الآخر على تمييز نصيبه فقد استأجره على ما وجب عليه واستحق في ذمته لآخر فلم يصح ، وكذا لو كانوا ثلاثة فعقد واحد لافراز نصيبه ثم الثاني أشكل عقد الثالث بما سمعت .

وأجيب كما في المسالك وبعض كتب العامة بأن السؤال مبني على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام لافراز نصيبه ولا سبيل إليه ، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين تردداً وتقديراً ، ولا سبيل إليه إلا برضاهم ، نعم يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقيين فيكون أصيلاً ووكيلاً ، ولا حاجة إلى عقد الباقيين ، وحيث إن فصل ما على كل منهم بالتراضي فذاك وإن أطلق وزع .

وفيه أن حاصله كما في كشف اللثام عدم استقلال أحد منهم بالاستئجار وإيجاب الافراز على ذمة الأجير، وهو كما قيل لا يدفع الاشكال ، ضرورة إمكان فرضه باستثناء القاسم للتردد فيه بضبطه إياه مسبقاً أو باستحقاقه ذلك لاستئجار ونحوه ، أو يفرض برضا الشريك بالتردد فيه أو التخطي

أو كون القسمة إجباراً والمستأجر المستنصر .

ولعل لذا في كشف اللثام بعد حكاية الجواب المربور قال : « والحق عدم الاندفاع ومن ها التزم بعض الناس التفصيل بين القدرة على الافراز على وجه يكون واجباً مطلقاً فلا يصح الاستئجار ثانياً ، وبين كونه غير مقدور فيصح ، لأنه يكون واجباً مشروطاً » .

وفيه أن المتجه في الثاني عدم صحة الأولى لا صحة الثانية مع الأولى كما هو مفروض البحث ، اللهم إلا أن يراد أن الأولى وقعت مراعى صحتها بوقوع الثانية ، كما لو اتحد الإيجاب وترتب القبول خاصة ، فإنه يقع مراعى بوقوع القبول من غيره ، والتحقيق عدم صحة الثانية حيث نصح الأولى من دون مراعاة للثانية مع كون المستأجر عليه شيئاً واحداً وإن تعدد عرضه ، ولذا جاز الاستئجار عليه منها دفعة واحدة ، بخلاف الترتيب المقتضي استقلال الأول في الاستحقاق وكونه كالأجير الخاص بالنسبة إليه ، لتعينه بالعمل الغير القابل للتعدد ، فهو حينئذ كالمستأجر لحيازة شيء من المباح مثلاً ، فإنه لا يجوز استئجاره ثانياً عليه لآخر بخلاف ما لو استأجراه دفعة كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ ان استأجروه في عقد واحد ﴾ بأجرة معينة ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لم يعينوا نصيب كل واحد ﴾ منهم ﴿ من الأجرة لزمتهم الأجرة بالحصص ، وكذا لو لم يقدروا أجرة كان له أجرة المثل عليهم بالحصص لا بالسوية ﴾ عندنا من غير خلاف يعرف فيه بيننا ، وفي محكي الخلاف دليلنا أنا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى إلى ذهاب المال ، كأن يكون بينهما لأحدهما عشر العشر سهم من مائة سهم والباقي للآخر ويحتاج إلى إجرة عشرة دنانير على قسمتها ، فيلزم من له الأقل نصف العشرة ، وربما لا يساوي سهمه ديناراً واحداً

فيذهب جميع المال وهذا ضرر . والقسمة وضعت لازالة الضرر ، فلا يزال بضرر أعظم منه .

وفي كشف اللثام ، ولأن الأجرة تزيد بزيادة العمل ، والعمل يزيد بزيادة المعمول ، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد ، كمن يسقي جريبين من الأرض فعمله أزيد ممن يسقي جريباً ، وأن تحمل المشقة أكثر ، وكمن ردّ عبداً قيمته مائة فعمله أزيد ممن ردّ عبداً قيمته خمسون ، والغموض في قلة النصيب إنما جاء من كثرة نصيب الآخر .

وفي القواعد وغيرها احتمال التساوي ، للتساوي في العمل ، فانه ليس إلا إفرازاً أو حساباً أو مساحة ، والكل مشترك بينهما ، بل قد يكون الحساب في الأقل أغمض ، وقلة النصيب توجب كثرة العمل ، لوقوع القسمة بحسب أقل الأنصباء ، فان لم يجب على الأقل نصيباً من الأجرة أزيد فلا أقل من التساوي .

ولكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا ، بل عن الشافعي وأبي حنيفة ومالك موافقتنا على ذلك ، نعم هو محكي عن أحمد بن حنبل ، ونقص عليه الفاضل في القواعد بالحفظ للمال المشترك ، فان له الأجرة بالحصص مع التساوي في العمل ، ومرجع هذا وغيره مما سمعته أو لم تسمعه مما ذكرهنا إلى معلومية القاعدة في المشترك أن جميع ما يترتب عليه من نفع أو غرم هو على الحصص إذا كان قد ترتب عليه من حيث الاشتراك ، كما في مفروض البحث الذي هو أجرة المثل للعمل في المشترك من حيث إنه كذلك أو المسمى في العقد الواقع من هذه الحيثية ، ولذا قد وافق عليها هنا من عرفت من العامة عدا ابن حنبل فضلاً عن الخاصة ، ووجهه - بعد معلومية مقابلة العوض بالعمل - أن التوزيع يكون بحسب أثر العمل في المال المشترك ، لا بالنسبة إلى المتعاملين الذين لا مدخلة لهم في المعاوضة

ولا ريب في استخراج السهام المتعددة لذي السهم الأكثر بعد تعديل المال المشترك على الأقل نصيباً . كما هو واضح ، والله العالم .

النظر * الثاني في المقسوم *

* وهو إما متساوي الأجزاء * وصفاً وقيمة * كذوات الأمثال مثل الحبوب والأدهان أو متفاوتها كالأشجار والعقار ، فالأول يجبر المنتع مع مطالبة الشريك بالقسمة * بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم ، بل الظاهر الاتفاق عليه ، ولعله العبرة بعد قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقته مع عدم الضرر والضرار في القسمة المقروضة شرعيتها * لأن الإنسان له ولاية الانتفاع بماله * قطعاً * و * لا ريب أن * الانفراد أكمل نفعاً * .

ولا فرق في ذلك بين الجامد والمائع الذي مسنه النار للعقد كالذهب والرب * لا للتصفية كالعسل والسمن وغيرهما ، وما عن بعض العامة من عدم جواز القسمة في الأول لعدم جواز بيعه بعضه ببعض ولو مثلاً بمثل وهي بيع خرافة في خرافة .

نعم لو تعددت الأجناس المشترك فيها فطلب أحدهما قسمتها أنواعاً بالقيمة ففي القواعد لم يجبر ، لتعلق الغرض غالباً بالعين ، ولأنه قسم من قسمة الرد ، نعم لو تراضيا على القسمة كذلك لم يكن به بأس ، ولا ينافيه عدم الجبر عليه . لا مكان القسمة بطريق آخر جامع بين الجميع . * و * كيف كان فـ * سيقسم * المكيل والموزون وغيرهما * كيلاً ووزناً * وخرصاً ومقابلة * متساوياً ومتفاضلاً ربوياً كان وغيره ، لأن القسمة * عندنا * تتميز حق لا بيع * كي يلحقها أحكامه

من القبض في المجلس لو كانت في نقدين مثلاً ، ومن عدم الزيادة لو كانت في ربوي ، ومن العلم بالمقدار لو كانت في مجهول ، بل قد عرفت فيما مضى هنا وفي الشركة أنها ليست معاوضة ، وإنما هي تمييز حق استخرج بالقرعة حتى في قسمة الردّ وإن كان فيها شبه المعاوضة إلا أنه تعاوض شرعي لا معاوضة معاملة . ومن ذلك يظهر لك المناقشة بما في المسالك وغيرها ، فلاحظ وتأمل .

هذا وفيها هنا أيضاً ، وأما قوله متساوياً ومتفاضلاً فالأصل في القسمة أن يكون بنسبة الاستحقاق ، فإذا كان المشترك بينهما نصفين كان إفرازه قسمين ، وإن كان بينهما أثلاثاً كان إفرازه كذلك ، والتفاضل في الثاني بحسب الصورة وإلا فهو متساوٍ حقيقة ، لأن مستحق الثلث له فيما في يد صاحب الثلثين ثلث ولصاحب الثلثين فيما في يد صاحب الثلث ثلثاها ، فالقسمة على هذا الوجه موجبة للتسوية بينهما بالنظر إلى أصل الحق ، وإن أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر بزيادة على حقه فليس ذلك بداخل في حقيقة القسمة ، بل هو هبة محضة للزائد ، فلو ترك قوله : متساوياً ومتفاضلاً كان أولى .

وفيه أن المراد بيان جواز قسمة الربويات بالتفاوت من حيث الجودة والرداءة ، فلو كان الحب مشتركاً بينهما وفرض اختلافه على وجه يكون الوزنان من بعضه تقابل بالوزنة من غيره فعدلاً السهام بذلك واقتساماً على هذا الوجه فإنه لا إشكال في صحة القسمة عندنا ، بخلافه لو قلنا إنها بيع للربا ، بل وإن قلنا إنها معاوضة وأن الربا عام للمعاوضات ، لما عرفت أنها ليست معاوضة معاملة ، والله العالم .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الثاني ﴾ وهو المتفاوتة أجزاؤه فـ ﴿ أما أن يستنصر الكل ﴾ بقسمته ﴿ أو البعض أو لا يستنصر أحدهم ﴾ ، وفي الأول

لا يجبر الممتنع ﴿ عن القسمة ﴾ كالجواهر والمضائيد الضيقة ﴿ ونحوها المتوقف قسمتها على كسرها وإلا فإذا أمكن بتعديلها بالقسمة أجبر الممتنع كما تسمعه في الثياب والعبيد ، إذ هو أحد الأفراد الذي لا ضرر فيه ولا رد ، كما أنه قد عرفت قوة القول بصحة قسمتها مع التراضي وإن تضرر الجميع بناءً على إرادة نقص القيمة منه لا الخروج عن المالية ، فلاحظ وتأمل .

﴿ وفي الثاني إن التمس المتضرر ﴾ لقلة نصيبه مثلاً ﴿ على القسمة ﴾ أجبر من لا يتضرر ﴿ لأن المانع من جهته وقد فرض زواله برضاه إذا كان الضرر النقص ، وإن قلنا إنه الخروج عن التمول أشكل جوابه إلى ذلك ، لأنه سفيه ، إلا أن يفرض غرض صحيح يخرج عنه .

﴿ وإن امتنع المتضرر لم يجبر ﴾ عندنا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ﴿ و ﴾ لا ريب في أنه ﴿ يتحقق الضرر المانع من الاجبار بعدم الانتفاع بالنصيب ﴾ أصلاً ﴿ بعد القسمة . وقيل ﴾ : يتحقق مع ذلك بعدم الانتفاع به فيما كان يتفحق به مشتركاً وإن لم تنقص قيمته ، وقيل ﴿ بنقصان القيمة ﴾ على وجه يتحقق به الضرر الفاحش ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، كما حققنا ذلك في كتاب الشركة (١) ﴿ و ﴾ إن كان ﴿ للشيخ ﴾ بل ولغيره في المسألة ﴿ قولان ﴾ الأول والأخير .

﴿ ثم ﴾ اعلم أن ﴿ المقسوم ﴾ مثلاً كان أو قيمياً عقاراً أو غيره متحداً أو متعدداً متفقاً في الجنس أو مختلفاً ﴿ إن لم يكن فيه رد ولا ضرر أجبر الممتنع وتسمى قسمة إجبار ، وإن تضمنت أحدهما لم يجبر ، وتسمى قسمة تراضي ، و ﴾ حينئذ ﴿ يقسم الثوب الذي لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض ﴾ المتساوية أجزاؤها قسمة إجبار وإن كانا قيميين ، لعدم ضرر وعدم رد فيها . ﴿ وإن كان ينقص

بالقطع لم يقسم ، لحصول الضرر بالقسمة ﴿ وكذا الأرض .
 ﴿ وتقسم الثياب ﴾ اتحدت في النوع أو اختلفت . ﴿ و ﴾ كذا
 تقسم ﴿ العبيد ﴾ كذلك ﴿ بعد التعديل بالقيمة قسمة إجبار ﴾ مع
 فرض انحصار قسمتها في ذلك ، لأن التعديل المزبور رافع للضرر عرفاً ،
 فتنتلج حينئذ هي وغيرها في الضابط المزبور الذي هو منطبق على جميع
 ما تسمعه مما ذكر في المقام ، وإن كان في دعوى تحقق الضرر في بعض
 الأمثلة كالدكاكين المتلاصقة والدور المتجاورة في قسمتها بعض في بعض
 تأمل ونظر ، كما ستعرف .

هذا ولكن في المسالك وبعض كتب العامة كالروضة للرافعي من
 الشافعية تشويشاً في المسألة حيث ذكر فيها « أن الأقسام ثلاثة : الأول
 قسمة الافراز ، وهو أن يكون الشيء قابلاً للقسمة لتساوي أجزائه في
 الصفات ، كذوات الأمثال ، والثوب الواحد كذلك ، والأرض المتحدة
 كذلك ، ولا إشكال في أنها قسمة إجبار مع فرض عدم الضرر ، والثاني
 قسمة التعديل ، وهي ما يعدل سهامها بالقيمة ، وهي تنقسم إلى ما يعد
 شيئاً واحداً وإلى ما يعد شيئين فصاعداً ؛ فالأول كالأرض المختلفة
 أجزاؤها ، والبستان المختلفة أشجارها ، والدار المختلف بناؤها ونحو ذلك ،
 وظاهر عبارة المصنف دخول الاجبار فيها ، ويحتمل عدمه ، لاختلاف
 الأغراض ، والأقوى الأول ، والثاني ينقسم إلى عقار وغيره ، فالأول
 كدارين أو حانوتين ، ولا جبر هنا على قسمتها بعض في بعض وإن أمكن
 التعديل بالقيمة ، وأما غير العقار فإن كان من نوع واحد كعبيد أو
 ثياب وأمكن التسوية فيها بالعدد والقيمة فظاهر المصنف والأكثر الجبر في
 قسمتها أعياناً ، ولو لم يمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد بين اثنين على
 السوية أحدهما يساوي الآخر في الجبر هنا وجهان : من التعديل بالقيمة

ومن اختلاف القرض في التعدد والاتحاد ، بل أشكل من ذلك لو كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان كعبددين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان وطلب أحدهما القسمة ، فيختص من خرجت له القرعة بالحسيس وربيع النفيس ، لعدم ارتفاع تمام الشركة بهذه القسمة ، فيشكل الجبر عليها ، ولو كانت الأعيان من أنواع مختلفة كعبد تركي مع هندي وثوب ابريسم مع ثوب كتان ففي الاجبار هنا وجهان أيضاً ، بل أولى بالمنع ، هذا كله مع اتحاد الجنس ، أما مع اختلافه كعبد مع ثوب مثلاً فلا إيجابار في قسمة أعيانها بعض في بعض وإن تساوت بينهما ، والثالث قسمة الرد ، ولا جبر فيها أيضاً ، كما ستعرف .

وهو كما ترى لا نعرف له مدركاً ينطبق على أصولنا إلا دعوى حصول الضرر في بعض دون آخر . وهي مجرد اقتراح ، وإننا صدر من العامة على أصولهم الفاسدة من قياس أو استحسان أو مصالح مرسلة ، وإننا المنطبق على أصولنا ما سمعته من الضابط المزبور ، نعم قد يتوقف في دعوى اقتضائه عدم قسمة العقار مع تعدده بعض في بعض ولو مع الانحصار في ذلك للضرر ، ضرورة كونه كالدار المختلف بناؤها والبستان المختلف أشجارها في عدم صدق الضرر عرفاً ، وكذا قسمة مختلف الجنس بعضه في بعض مع الانحصار فيه .

ألهم إلا أن يكون في مختلف جهة الشركة فيه ، بمعنى عدم الشركة في مجموع آحاده وإن تحققت في أفرادها بأسباب مستقلة ، فإنه لا جبر في قسمة بعض في بعض قطعاً ، بل الظاهر عدم مشروعية القسمة فيه بالمعنى المصطلح وإن جازت بنوع من الصلاح ونحوه ، لكون القسمة حينئذ قسمة معاوضة لا إفراز ، وذلك لأنه معها يكون له النصف من كل منهما مثلاً ، ولا يجب عليه معاوضة ما يستحقه في أحدهما بما لصاحبه

في الآخر ، إذ ليست هي إفراز حينئذ ، بخلاف ما لو كانت الشركة في مجموعته ، فإن له حينئذ نصفاً منه ، وهو يمكن انطباقه على أحدهما .
ومن ذلك يظهر لك اعتبار الاشاعة في مجموع الأعيان المشتركة التي يراد قسمتها بعض في بعض ، بل لا موضوع للقسمة في غيره مما آحاده مشتركة بأسباب مستقلة من دون شركة بمجموعه ، وليس المراد في الأول اعتبار نصف المجموع مثلاً كي يرد حينئذ عدم جواز قسمة بعض المال المشترك دون بعض أو قسمة بعضه بالافراز والآخر بالتعديل والمعلوم خلافه نصاً وسيرةً ، وإنا المراد زيادة مصاديق النصفية بملاحظة الشركة في المجموع على وجه يصح قسمته بعض في بعض بحيث يكون النصف أحد المالين مثلاً ، فتأمل فإنه دقيق نافع ، وحينئذ فالنتيجة عدم الفرق بين العقار وغيره ومتحد الجنس ومختلفه مع فرض انحصار قسمته بعض في بعض بالتعديل بالقيمة الذي فرض ارتفاع الضرر معه عرفاً ، فيندرج في الضابط المزبور .

وبذلك بان لك النظر في كلام كثير من الأصحاب حتى المصنف فيما يأتي له من عدم الجبر على قسمة الدارين والدكاكين والأقرحة بعضها في بعض وإن انحصر قسمتها فيه ، نعم هو كذلك لو فرض إمكان قسمة كل منها بالافراز على وجه لا ضرر فيه ، فإن المنهج عدم الجبر على خصوص هذا الفرد من القسمة ، كما في كل مقام يمكن فيه قسمة الافراز ، فإنها مقدمة على قسمة التعديل ، لأنها أتم الافراد وأقل ضرراً وأليق بمراعاة حق الاشتراك ، وحينئذ فالجبر عليها عند اختلافها في الإرادة في محله ، نعم لو تعذرت ولو للضرر انتقل إلى قسمة التعديل إلا مع التراضي بها معه ، فالمدار في الجميع - متساوي الأجزاء ومختلفها والمتحد والمتعدد عقار وغير عقار مختلف النوع ومتحد بل مختلف الجنس وغيره - على

ذلك بعد فرض الاشتراك في مجموعه ، لا أن الشركة مختصة بآحاده الذي قد عرفت عدم موضوع لقسمته بعض في بعض وإنما يقسم كل واحد من آحاده بقسمة مستقلة ، وتفاوت الغرض ليس ضرراً مالياً ، مضاعفاً إلى عدم حصول منع بقاء الشركة التي لا يجب الجبر معها على المهايأة ، والله العالم .

﴿ وإذا سألنا أي الشريكان مثلاً ﴾ القسمة ﴿ للشيء ﴾ ولها بينة بالملك ﴿ كذلك ﴾ قسم ﴿ بينهما بلا خلاف حتى من العامة ولا إشكال ، إذ البينة حجة شرعية وإن لم يحضر خصم .
﴿ وإن كان يدهما عليه ولا منازع قال الشيخ في المبسوط : لا يقسم ﴾ كما في الدروس وإن كنا لم نتحققه ، بل المحقق من موضع منه التصريح بالجواز ، كالحكي عن أبي علي في المختلف ﴿ وقال في الخلاف : يقسم وهو الأشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده من غير فرق بين العقار وغيره من المنقول وغيره ، بل لعله لا خلاف فيه بيننا ، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه ﴿ لأن ﴾ اليد و ﴿ التصرف دلالة الملك ﴾ وليس قسمة الحاكم لها حكماً منه بالملك على وجه يقطع خصومة الخصم لو ظهر ، كغيرها من تصرفاته فيها تبعاً لظاهر اليد .

على أنه إذا أراد الاحتياط كتب في كتاب القسمة صورة الحال بعد الاعلان بذلك على وجه لو كان هناك منازع لظهر ، فإما من أحد قولي الشافعية من عدم جواز القسمة وأبي حنيفة من عدم قسمة غير المنقول مع القول بأنه ملكنا إراثاً واضح الفساد .

النظر * الثالث في كيفية القسمة *

الاحتاجة إلى التعديل ، وأقسامها أربعة لأن * الحصص إن تساوت قدراً * بأن كان الشركاء ثلاثة مثلاً لكل واحد ثلث * وقيمة * بمعنى مساواة أجزاء المقسوم لقيمة الجملة * ف * هو القسم الأول . وكيفية * القسمة * فيه * بتعديلها على * قدر * السهام ، لأنه يتضمن القيمة * إذ قد عرفت تساوي قيمة الأجزاء لقيمة الجملة ، وذلك * كالدار * مثلاً * تكون بين اثنين * مثلاً * و * الفرض أن * قيمتها متساوية * لعدم التفاوت في أجزائها * وعند التعديل * بقسمتها نصفين * يكون القاسم مخيراً بين الإخراج * للرقع * على الأسماء والإخراج على السهام * .

* أما الأول فهو أن يكتب كل نصف في رقعة ويصف كل واحد * منها * بما يميزه عن الآخر ، ويجعل ذلك مصوناً في ساتر كالشمع أو الطين * أو غيرهما * ويأمر من لم يطلع على الصورة * المكتوبة في الرقعتين * بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين ، فما خرج فـ * هو * له * .

* وأما الثاني فهو أن يكتب كل اسم * من اسمي الشريكين مثلاً * في رقعة ويصونها * أيضاً بسائر كالأول * ويخرج * من يأمره ممن لم يطلع على ما فيها * على سهم من السهمين فنخرج اسمه فله ذلك السهم * .

والظاهر عدم وجوب خصوص كتابة الرقاع وعدم الصون في ساتر، بل وعدم وجوب كون المأمور مكلفاً ، بل وغير ذلك من القيود المزبورة،

إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكياهما ، بل يفوضان أمره إلى الله تعالى ويفعلان ما يفيد به وإن كان الأولى الاقتصار على المأثور والمعهود.

﴿ وإن تساوت ﴾ الحصص ﴿ قدرأ لا قيمة ﴾ لاختلاف أجزاء المقسوم بالنسبة إلى ذلك فقد يكون الثلثان منه مثلاً مساوياً للثلث الآخر في القيمة وهو القسم الثاني، وحينئذ إذا أراد أن يقسم ﴿ عدل السهام قيمة ﴾ لأنها المدار في رفع الضرر ﴿ وألغى القدر ، حتى لو كان الثلثان ﴾ مثلاً ﴿ بقيمته مساوياً للثلث جعل الثلث ﴾ نصفاً ﴿ محاذياً للثلثين ﴾ اللذين هما النصف الآخر ﴿ وكيفية القرعة عليه كما صورناه ﴾ سابقاً من الإخراج على الأسماء أو السهام .

﴿ وإن تساوت الحصص قيمة ﴾ لا قدرأ مثل أن يكون للواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس وقيمة أجزاء ذلك الملك متساوية ﴿ وهو القسم الثالث ، وحينئذ فإذا أريدت القسمة ﴾ سويت السهام على أقلهم نصيباً ﴿ لأن المفروض تساوي القسمة ﴾ فجعلت أسداساً ﴿ كما هو الضابط في كل قسمة اختلفت سهامها ، فانها تعدل على أقلها ما لم يكن فيها كسر ، وإلا احتيج تعديلها إلى فرضها عدداً ينطبق عليها ، كما لو فرض كون النصف في مفروض المسألة بين إثنين ، فانه لا تصح القسمة بالتعديل أسداساً للكسر فيها حينئذ ، فلا تتساوى السهام كي ينتج الاقتراع ، بل لابد من تعديلها باثني عشر جزءاً ، لأنه الذي منه الثلث والسدس والربعان صحاحاً ، فتعدل هكذا .

﴿ ثم ﴾ على كل حال ﴿ كم يكتب رقعة ؟ ﴾ فيه تردد بين أن يكتب بعدد ﴿ أسماء ﴾ الشركاء ﴿ فيكون في الفرض ثلاثة كما هو الأشهر ﴾ أو بعدد السهام ﴿ فيكون ستة ، رقعة باسم صاحب السدس ورقعتان باسم صاحب الثلث وثلاثة لصاحب النصف .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ الأقرب الاقتصار على عدد الشركاء ، لحصول المراد به ، فالزيادة كلفة ﴿ وإن كان الأقوى جوازه أيضاً ، بل عن المبسوط قوة تعيينه ، لأن كل من كان سهمه أكثر كان حظه أوفر ، وله مزية على صاحب الأقل ، فاذا كتب صاحب النصف ثلاث رقاع كان خروج رقعته أسرع وأقرب وإذا كتب له واحدة كان خروج رقعته ورقمة صاحب السدس سواء .

وفيه أن ذلك لا فائدة فيه بعد فرض تعديل السهام ، فلا ريب في أن الأول أولى ، لحصول الفائدة مع الاختصار وترك اللغو في إخراج الثانية والثالثة لصاحب النصف بعد إخراج الأولى والثانية لصاحب الثلث : ﴿ إذا عرفت هذا فانه يكتب ﴿ حيثنذ ﴿ ثلاث رقاع لكل اسم رقعة ، فتجعل للسهم أول وثاني وهكذا إلى الأخير ﴿ الذي هو السادس ﴿ والخيار في تعيين ذلك ﴿ أي ترتيب السهام على الوجه المزبور ﴿ إلى المقاسمين ، ولو تعامرا عينه القاسم ﴿ دفعا للزراع ، ويحتمل استخراجها بقرعة أيضاً ثم تدفع الرقاع - بعد وضعها في سائر كما عرفت - إلى من لم يطلع على ما فيها ﴿ ثم يأمره بإخراج رقعة ﴿ منها ﴿ فان تضمنت اسم صاحب النصف فله ﴿ الأسهم ﴿ الثلاثة الأول ثم ﴿ يأمره بأن ﴿ يخرج ثانية ، فان خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران ﴿ وهو الرابع والخامس ﴿ و ﴿ حيثنذ ﴿ لا يحتاج إلى إخراج الثالثة ، بل لصاحبها ما بقي ﴿ وهو السهم السادس .

﴿ وكذا لو خرج اسم صاحب الثلث أولاً كان له السهمان الأولان ثم يخرج أخرى ، فان خرج صاحب النصف فله الثالث والرابع والخامس ، ولا يحتاج إلى إخراج أخرى لأن السادس تعيين لصاحبها ﴿ .

﴿ وهكذا لو خرج اسم صاحب السدس أولاً كان له السهم الأول

ثم يخرج الأخرى ، فان كان صاحب الثلث كان له الثاني والثالث ، والباقي لصاحب النصف ، ولو خرج في الثانية صاحب النصف كان له الثاني والثالث والرابع وبقي الآخران ﴿ وهو الخامس والسادس ﴾ لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه ﴿ وذلك كله واضح .

كوضوح الحال فيما او فرض كتابة ست رقاع بأسمائهم ، فاذا خرج واحدة من رقاع صاحب النصف أولاً أعطى الثلاثة الأول ، فاذا خرجت ثانية باسمه أو ثالثة كانت ملقاة ، للاستغناء عنها بالأولى ، وإن خرجت واحدة من رقتي صاحب الثلث بعد رقعة صاحب النصف أعطي الرابع والخامس ، ولا يحتاج إلى إخراج ما بقي ، كما أنه لو خرجت رقعة صاحب السدس أعطي الرابع ، ولا يحتاج بعد إلى إخراج غيرها ، لتعين السهمين الأخيرين ، وهما الخامس والسادس لصاحب الثلث ، وكذا الكلام لو خرجت أولاً إحدى رقتي صاحب الثلث أعطي السهمان الأولان وتلغى رقبته الثانية ، فان خرج بعده رقعة صاحب السدس أعطي الثالث وتعين الباقي لصاحب النصف من غير حاجة إلى إخراج .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ سلا ﴾ يصح أن تكتب رقاع و ﴿ يخرج ﴾ سها ﴿ في هذه ﴾ الصورة من القسمة ﴿ على السهام ﴾ نحو ما سمعته في الصورتين الأوليين ﴿ بل ﴾ بتعين إخراج رقاع هذا القسم ﴿ على ﴾ المستين بتلك ﴿ الأسماء ﴾ المكتوبة في الرقاع بالطريق الذي ذكرنا ﴿ إذ لا يؤمن أن يؤدي ﴾ إخراجها على السهام نحو ما سمعته في القسمين الأولين ﴿ إلى تفرق السهام ، وهو ضرر ﴾ غير جائز إلا مع الرضا به ، إذ قد يخرج السهم الثاني لصاحب السدس ، وهو مقتضى لتفرق ملك صاحب الثلث أو النصف ، وكذا لو خرج له الخامس ، بل قد يخرج لصاحب النصف مثلاً الرابع ، فيحصل النزاع

بينهم في إتمامه بسهمين قبله أو بعده ، والقسمة إنشا شرعت لدفع النزاع ،
 هذا وفي الروضة لرافعي من علماء الشافعية « وإن أثبت الأجزاء
 في الرقاع فلا بد من إثباتها في ست رقاع ، وحينئذ فالتفريق المحذور لو
 لزم إنما يلزم إذا خرج أولاً صاحب السدس ، وهو مستغن عنه ، بأن
 يبدأ بصاحب النصف ، فإن خرج الأول باسمه فله الأول والثاني والثالث ،
 وإن خرج الثاني فكذلك ، فيعطى معه ما قبله وما بعده ، وإن خرج
 الثالث ففي شرح مختصر الجويني أنه يتوقف فيه ويخرج لصاحب الثلث ،
 فإن خرج الأول أو الثاني فله الأول والثاني ، ولصاحب النصف الثلث
 والرابع والخامس ، وإن خرج الخامس فله الخامس والسادس ، ثم أهل
 باقي الاحتمالات ، وكان يجوز أن يقال : إذا خرج لصاحب النصف
 الثالث فهو له مع اللذين قبله ، وإن خرج الرابع فهو له مع اللذين قبله ،
 ويتعين الأول لصاحب السدس ، وإن خرج الخامس فهو له مع اللذين
 قبله ، ويتعين السادس لصاحب السدس ، وإن خرج السادس فهو له مع
 اللذين قبله ، وإن أخذ زيد حقه ولم يتعين حق الآخرين أخرج رقعة
 أخرى باسم أحدهما ، فلا يقع تفريق ، إلى آخر ما ذكره مما هو غير
 معهود في كيفية القرعة .

ومع فرض جوازها كذلك على تقدير التراضي بها فالتفريق أيضاً
 جائز مع التراضي به ، بل يجوز معه الابتداء بذئ السدس على أن يكون
 إذا خرجت رقعة على الأول أو الثاني فله الأول أو خرجت على الخامس
 أو السادس فله السادس كيلاً يلزم تفريق ، بل قد يفرض تفريق لا ضرر
 فيه ، كما في قسمة الحبوب والأدهان مثلاً .

وعلى كل حال فهذه الوجوه خارجة عن مفروض المسألة ، فإنها
 مع فرض صحتها ودخولها في المعهود من إطلاق القرعة لا تنافي ما ذكره
 المصنف وغيره من عدم جريان ما ذكره في القسمين الأولين من إخراج

ج ٤٠ (اعتبار التراضي لو كانت القسمة محتاجة إلى الرد) ٣٤٩

الأسماء على السهام بالكيفية المزبورة أيها في هذا القسم ، وإنما يختص بإخراج رقعة على الأسماء خاصة حذراً من حصول التفريق الذي لا ريب في احتماله على هذا الوجه ، والتخلص منه بما عرفت خروج عن المفروض ، وهو واضح .

كوضوح كون المراد من عبارة المتن عدم إخراج الرقاع على السهام على حسب ما ذكره في الأولين ، بل يختص بإخراجها على الأشخاص المسمين بتلك الأسماء ، فلا إشكال حينئذ . بل عن بعض النسخ إبدال العبارة المزبورة « ولا تخرج في هذه السهام على الأسماء » ، إذ لا يؤمن إلى آخره ، وهي صريحة في ما قلناه ، والله العالم .

﴿ ولو اختلفت السهام والقيمة ﴾ معاً وهو القسم الرابع ولا يخفى عليك أنه إذا كان كذلك ﴿ عدلت السهام تقويماً وميزت على قدر سهم أقلهم نصيباً وأقرع عليها كما صورناه ﴾ ضرورة عدم الفرق بين الصورتين إلا بتفاوت مقدار المساحة في السهام في الثانية دون الأولى ، نحو ما سمعته في القسم الثاني ، هذا كله في قسمة التعديل بدون رد .
﴿ أما لو كانت قسمة رد - وهي المفتقرة إلى رد في مقابلة بناء أو شجر أو بئر ﴾ أو نحو ذلك مما يكون في أحد السهمين ولا يمكن قسمته - ﴿ فد ﴾ لا خلاف عندنا بل ولا إشكال في أنه ﴿ لا تصح القسمة ﴾ فيه ﴿ ما لم يتراضيا جميعاً ، لما يتضمن من ﴾ دفع ﴿ الضميمة التي لا تستقر إلا بالتراضي ﴾ لعدم كونها من المال المشترك ، فلا وجه لجبر أحدهما عليها ، إذ هو كجبره على بيع ما لا يمكن قسمته ، بل لعله كذلك عند العامة فضلاً عن الخاصة ، نعم قد يفرض الجبر في بعض الصور من باب السياطات التي لا مدخل لها فيما نحن فيه مما هو حكم شرعي .
﴿ و ﴾ إنما الكلام فيما ﴿ إذا اتفقا على الرد وعدلت السهام ﴾

وأقرع ﴿ فهل تلزم بنفس القرعة ﴾ فيلزم بالرد من خرج الزائد له كما يلزم بالقبول من خرج الناقص له ٢ ﴿ قبل ﴾ كما عن المبسوط والتحرير والارشاد والدروس والايضاح والمسالك وغيرها : ﴿ لا ﴾ تلزم إلا بالرضا بعد القرعة ، بل عن بعضهم التصريح باعتبار لفظ « رضيت » ونحوه بعد القسمة ﴿ لأنها تتضمن معاوضة ، ولا يعلم كل واحد من يحصل له العوض ف ﴾ فلا يتحقق رضا المعاوضة قبل القرعة ولذا قلنا : ﴿ يفتقر إلى الرضا بعد العلم بما ميّزته القرعة ﴾ حتى يتحقق الرضا المعتبر في صحة المعاوضة ، بل ويتحقق أيضاً إنشاؤها ، وهو حاصل ما في محكي المبسوط وغيره من أن القرعة فيها تفيد معرفة البائع منها من المشتري ، وقبل القرعة لا يعلم هذا ، فاذا علم بها البائع من المشتري وعلمنا من الذي يأخذ الزائد ويردّ خمسين مثلاً قلنا الآن قد بان ذلك الرجل ، فلا تلزم القسمة إلا براضيهما ، ثم قال : « وتنفارق هذه قسمة الاجبار ، لأنه لا بيع فيها ولا شراء ، فلهذا لزم بالقرعة ، وهذه فيها بيع وشراء ، فلا يلزم بها - ثم قال - : وأيضاً لما لم يعتبر التراضي فيها في الابتداء فكذلك في الانتهاء ، وليس كذلك هنا ، لأنه اعتبر التراضي في ابتدائها فكذا في انتهائها .

هذا ولكن قد تشعر نسبة المصنف والفاضل ذلك إلى القيل برده أو التردد فيه ، بل مقتضى إطلاق المصنف وغيره فيما تقدم عدم اعتبار الرضا بعدها في قسمة منصوب الامام (عليه السلام) عدم الفرق بينها وبين غيرها ، بل هو صريح الدروس .

ومنه حيثئذ يظهر عدم الفرق بين الجميع ، ضرورة عدم مدخلية منصوب الامام (عليه السلام) في المعاوضات ، على أن مرجعه الاكتفاء بقرعته عن إنشاء تعاوض ، بل يتعين الدفع على ذى السهم الزائد والقبول

على ذي السهم الناقص ، فهو عوض شرعي لا معاوضة اصطلاحية ، ومن المعلوم عدم الفرق في نفاذ القرعة بين وقوعها منه ومن غيره .
وأيضاً ظاهر الجميع كون ذلك فرداً من أفراد القسمة ، لا أنها قسمة وبيع ، بل ظاهر جماعة ممن اعتبر الرضا بعدما الاكتفاء بإنشاء الرضا بعدها لا إنشاء معاوضة ، بل لا يكتفي لإنشاؤها على الاجمال ، بل لابد من قصد البيع أو الصلح أو الهبة المعوضة أو نحو ذلك مما يقطع بعدم التزامهم به ، بل كلامهم كالصريح في نفي كون القسمة بيعاً عندنا حتى قسمة الرد ، على أن هذا البيع بعد القرعة يجب إنشاؤه بينها على وجه إذا امتنع يقوم الحاكم مقامه أو يبقى مختاراً فيه .

والتزام الأول كما ترى ، والثاني منافي لمفاد القرعة الذي هو التعمين. ولعله لذا احتمل في كشف اللثام وغيره اللزوم بنفس القرعة ، بل لعله الأقوى وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه ، بل قد عرفت فيما سبق إطلاق بعضهم الاكتفاء في صحتها ولزومها بالتراضي وإن كان فيها رد ، وأن القرعة عند التنازع .

لكن في المسالك هنا ، ثم على تقدير التراضي عليها إن اتفقا على أن يكون الرد من واحد معين وأوقعا صيغة معاوضة تقتضي ذلك كالصلح وغيره فلا بحث ، وإن اتفقا عليه ودفع الراد العوض من غير صيغة خاصة كان الحكم كالمعاوضة لا تلزم إلا بالتصرف عند من جعل ذلك حكم المعاوضة وإن لم نقل بتوقف التراضي على القسمة مع عدم الرد على التصرف ، والفرق ما أشرنا إليه من اشتغال قسمة الرد على المعاوضة المقتضية للصيغة الدالة على التراضي على ما وردت عليه من العوض ، والمقسوم الزائد على ما قابل المردود غير متعين ، فلا يمكن تخصيصه باللزوم مع التراضي بدون التصرف .

وفيه ما لا يخفى من منافاة ذلك لظاهر كلام أصحابنا وغيرهم من أن قسمة الردّ من أفراد القسمة وإن كان لا إيجاب فيها ، ولا يحتاج إلى صلح وغيره ، حتى من اعتبر الرضا بعد القرعة فإنما يريد الرضا بها قسمة ، وهو غير الرضا المتبر في إنشاء المعاوضات المعاومة ، وكأنه اشتبه عليهم العوض والمعاوضة المصطلحة ، ولا ريب في الفرق بينها ، وأقصى ما في قسمة الردّ الأول لا الثاني ، كما هو واضح بأدنى تأمل .

نعم لو لم نقل إنها من أفراد القسمة بل هي قسمة ومعاوضة اعتبر حينئذ قصد معاوضة خاصة وتعيين الم عوض عنه وغير ذلك مما في تلك المعاوضة التي يتفقان على إنشائها ، ومن المعلوم أن قسمة الرد قد تشمل على زيادة وصف في أحد السهمين وزيادة عين وغير ذلك مما يتوقف معادلته للسهم الآخر على جبر ممن يكون له ذلك . وبالجمله يقوى في النظر الاكتفاء في لزومها بالقرعة ، ويتعين الدفع على ذى السهم الزائد والقبول على الآخر ، والله العالم .

﴿ مسائل ثلاث : ﴾

﴿ الأولى : ﴾

﴿ لو كان لدار ﴾ مثلاً ﴿ علو وسفل فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منها نصيب من العلو والسفل بموجب التعديل جاز ﴾ بلا خلاف ﴿ و ﴾ لا إشكال ، لأنه توصل إلى حق كل منها ، بل ﴿ أجبر الممتنع ﴾ منها عن ذلك ﴿ مع ﴾ فرض ﴿ انتفاء الضرر ﴾ المانع من الاجبار ، بل ظاهر إطلاق المصنف وغيره عدم الفرق في الاجبار المزبور بين أن يجعل نصيب كل منها من العلو فوق

ج ٤٠ (حكم ما لو طلب الشريك قسمة كل واحد من العلو أو السفلى) - ٣٥٣ -

نصيبه من السفلى وعدمه ما لم يستلزم ضرراً يرتفع معه الاجبار .
ولو طلب انفراده بالسفلى أو العلو لم يجبر الممتنع ﴿﴾ مع التمكن من الأول الذي لا ريب في تقدمه عليه ، لما فيه من إيصال الحق إلى مستحقه في كل منها ، كما سمعته في تقديم قسمة الافراز على قسمة التعديل .
مضافاً إلى ما في كشف اللثام من تعليقه بأن البناء تابع للأرض والعلو للسفلى ، فانما يجبر على قسمة تأتي على الأرض ، ولأنه من ملك شيئاً من الأرض ملك قراره إلى الأرض السابعة وهواءه إلى السماء ، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفلى عن الهواء ، والعلو عن القرار ، أما مع فرض عدم إمكانه ولو للضرر فيه المانع من الاجبار عليه بخلاف الفرض فالأقوى الجبر عليه ، لأنه طريق لا ضرر فيه إلى إيصال الحق لمستحقه ، ولعل إطلاق المصنف وغيره لا يتأفیه بعد تنزيله على التمكن من الأول ، حتى ما سمعته من كشف اللثام .

﴿﴾ وكذا ﴿﴾ الكلام ﴿﴾ لو طلب قسمة كل واحد منهما منفرداً ﴿﴾ عن الآخر لا يجبر عليه مع التمكن من قسمتها على الوجه الأول ، أما مع فرض عدم التمكن منه وفرض عدم الضرر في هذا يتجه الجبر ، لما عرفت من وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر .

هذا وفي المسالك اقتصر في شرح عبارة المصنف على ذكر القسمين الأولين وترك القسم الثالث . ولعله ليس في نسخته لكن ما جعله مدرکاً للأولين مناف له ، وذلك لأنه جعل العلو والسفلى كالبيتين المتجاورين ، فيجبر إن طلب قسمة كل منهما على حدته ، ولا يجبر على قسمة أحدهما في الآخر على أن يكون لأحدهما العلو وللآخر السفلى ، وهو صريح في منافاة ذلك لما ذكره المصنف من عدم الجبر لو طلب قسمة كل واحد منهما منفرداً ، وإنما الذي ذكر الجبر فيه قسمتها معاً على أن يكون لكل

واحد نصيب من العلو والسفل بقسمة واحدة .
على أنه لا يحنى عليك ما في دعوى جعل العلو والسفل بمنزلة البيتين
المتجاورين ، ضرورة كونها كبيت الدار الواحدة لا مثل ذلك ، ولذا
لم يجبر عندهم على قسمة كل منها منفرداً .

بل في القواعد « ولو طلب أحدهما قسمة السفلى خاصة وبقي العلو
مشتركاً أو بالعكس لم يجبر الآخر » لأن القسمة للتمييز ، ومع بقاء أحدهما
لا يحصل التمييز ، ومراده أن البناء علوه وسفله تابع للأرض ، فالمشترك
شيء واحد ، فمع قسمة بعضه دون بعض لم يحصل التمييز ، إذ هو كما لو
اشترك في جريب من الأرض فطلب أحدهما قسمة نصفه وبقاء الآخر
على الاشاعة .

والظاهر أن مراده عدم الجبر لا ما يتوهم من عدم صحة قسمة ذلك
حتى مع الرضا ، باعتبار عدم التمييز في القسمة المفروضة التي هي عبارة
عنه ، والفرض أن المشترك شيء واحد عرفاً ، خصوصاً بعد ما عرفت
من كون الشركة النصف مثلاً في المشترك ، لا أنها في كل جزء جزء ،
وحينئذ فمع فرض اتحاده يكون النصف المستحق دائراً بين مصاديقه فيه ،
فيمكن أن يكون هذا النصف الذي أرادوا قسمته بينهما ، فلا تصح القسمة ،
حينئذ إلا مع إيقافه عليه أجمع .

لكنه كما ترى مخالف للمقطوع به بين الناس ، وخصوصاً في المتماثلات
بل وفي مثل الأرض المتحدة الواسعة إذا أرادوا قسمة بعضها ، ويكفي ذلك
في جعلها متعددة ، فانه لا إشكال في جواز قسمتها مع فرض عروض التعدد
لها عرفاً .

كما أنه يلزم على التوهم المزبور عدم الصحة في الذي عرض له الاتحاد
بعد أن كان متعدداً ، بل ملاحظة هذا الميزان تقتضي أمراً غريباً في الشريعة ،

ج ١٠: (حكم ما لو طلب الشريك قسمة الأرض أو الزرع الذي بينهما) - ٣٥٥ -

نعم قد يقال : إنه لا يجبر عليه إذا كان قد بذل القسمة فيه أجمع ، لعدم الدليل عليه في خصوص ذلك ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، كما أن ظاهرها جواز جميع أفراد القسمة مع التراضي بها ، كما تسمع تحقيقه إنشاء الله .

المسألة الثانية :

﴿ لو كان بينهما أرض وزرع ﴾ فيها ﴿ فطلب ﴾ أحدهما ﴿ قسمة الأرض حسب أجبر الممتنع له ﴾ ما عرفته من وجوب إصصال الحق إلى صاحبه مع عدم الضرر ، وهو هنا كذلك فـ ﴿ إن الزرع كالمتاع في الدار فـ ﴾ لا يمنع من قسمتها .

نعم ﴿ لو طلب قسمة الزرع ﴾ خاصة ﴿ قال الشيخ ﴾ كما في المحكي عن مبسوطه هنا : ﴿ لم يجبر الآخر ، لأن تعديل ذلك بالسهام غير ممكن ﴾ وفي صلحه « لأن قطع نصفه لا يمكن ، فإن لكل واحد منهما حقاً في كل طاقة منه » .

﴿ وفيه إشكال ﴾ واضح ﴿ من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهالة ﴾ وثبوت الحق في كل طاقة لا يمنع شرعية القسمة في أمثاله بل في كل شيء ، ومن هنا جزم من تأخر عنه بالجبر عليه ، بل عن ابن البراج أنه قال : إذا كان التفصيل بين قوم وأرادوا قسمته لم يصح ذلك إلا ببيعه وقسمة ثمنه بينهم ، أو بأن يقطع من الأرض ويقسمونه كما يقسمون الغلة مثله ، أو يكون مما يمكن قسمته بالتعديل ، وهو غير مخالف .

بل يمكن أن يريد الشيخ ذلك أيضاً على معنى لإرادة قسمته مع بقاءه زرعاً ، لصعوبة تعديله حينئذ ، لعدم معرفة قوة استعداده ، وبالجملة

يكون نزاعاً في موضوع ، هذا كله في قسمته زرعاً .

﴿ أما لو كان بذراً ﴾ بعد ﴿ لم يظهر ﴾ من الأرض ﴿ لم
 نصح القسمة ﴾ بلا خلاف ﴿ لتحقيق الجهالة ﴾ المانعة من التعديل .

﴿ ولو كان سنبلاً ﴾ قال ﴿ الشيخ ﴾ أيضاً : لا يصح ﴿ لعدم
 إمكان التعديل ﴾ وهو مشكل ﴿ أيضاً ، بل أشد إشكالاً ﴾ من الأول
 ﴿ لجواز بيع الزرع عندنا ﴾ بل في المحكي من عبارة الشيخ اضطراب
 بالنسبة إلى ذلك ، قال : « فان كان بينها أرض فيها زرع فطلب أحدهما
 القسمة فاما أن يطلب قسمة الأرض أو الزرع أو قسمتها معاً ، فان
 طلب قسمة الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها على أي صفة كان
 الزرع : حباً أو قصيلاً أو سنبلاً قد اشدت ، لأن الزرع في الأرض كالمتاع
 في الدار لا يمنع القسمة ، فالزرع مثله ، وأما إن طلب قسمة الزرع وحده
 لم يجبر الآخر عليه ، لأن تعديل الزرع بالسهم لا يمكن ، وأما إن طلب
 قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثة أحوال : إما أن يكون بذراً
 أو حباً مستتراً أو قصيلاً ، فان كان حباً مدفوناً لم تجز القسمة ، لأننا إن
 قلنا القسمة إفراز حتى فهو قسمة مجهول أو معدوم فلا تصح ، وإن قلنا بيع لم يجز
 لمثل هذا ، وإن كان الزرع قد اشدت سنبله وقوى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذراً
 وقد ذكرناه ، وإن كان قصيلاً أجبرنا الممتنع عليها ، لأن القصيل فيها
 كالشجر فيها ، ولو كان فيها شجر قسمت بشجرها كذلك هنا » .

ويمكن إرادته من البذر إخضراره في الجملة ، فانه في الحكم كالحب
 المدفون ، لعدم إمكان تعديله ، كما أنه يمكن أن يكون وجه الفرق بين
 كونه سنبلاً قد قوي حبه وبين كونه قصيلاً أن الأول قد صار بمنزلة
 المتاع المنفصل الموضوع في البيت فلا يتبع الأرض ، ولا يجبر على قسمته
 تبعاً لها ، بخلافه قصيلاً ، فانه كالشجر فيها يجبر على قسمته معها ، إذ

ليس هو كالحب المدفون الممتنع تعديله . ولم يتحقق تابعيته للأرض ، وكذا المخضر في الجملة الذي لم يتم إثباته ، ولا هو كالسنبل الذي قد آن انفصاله عن الأرض وإن كان فيه نظر ، ضرورة خروج الزرع بحاله عن تبعية الأرض عرفاً بخلاف الشجر . ولعله لا تخاذ الثاني فيها باقياً كالبناء بخلاف الأول المبني على الانفصال . ولذا شبه بالمانع في البيت حتى من الشيخ نفسه في تعليل الجبر على قسمة الأرض وحدها ، فلاحظ وتأمل . ومن هنا صرح في التحرير بعدم الجبر لو أريد قسمته تابعاً للأرض لعدم كونه من توابعها ، ولذا لم تثبت الشفعة فيه بخلاف الشجر . وعلى كل حال فراد الشيخ الفرق بين السنبل وغيره في التبعية ، ولم يتعرض لقسمته سنبلًا وحده ، ولعل المصنف قد عثر له على غير هذا الكلام ، والأمـر سهل بعد وضوح الحال لديك حتى قسمتها معاً بعضاً في بعض ، فانه لا جبر فيها ، كما نص عليه غير واحد ، لعدم كونها شيئاً واحداً ، والفرض إمكان قسمة كل واحد منها أو الأرض خاصة . فاعساه يتوهم من عبارتي المسالك والكفاية من الجبر فيه في غير محله . نعم قد يأتي على ما اخترناه الجبر على ذلك مع فرض انحصار القسمة الخالية عن الضرر المانع من الاجبار فيه . لوجوب إبطال الحق إلى مستحقه مع الامكان وإن ترجح بعض أفرادها على بعض . أما الأرض ذات الشجر فيجبر على قسمتها معه ، لكونه تابعاً كالبناء ، ولذا تثبت الشفعة فيه ، وكذا يجبر على قسمتها بعض في بعض مع فرض انحصار القسمة الخالية عن الضرر فيه ، بل وكذا يجبر على قسمة كل منها أو أحدهما منفرداً مع الفرض المزبور .

وبمكن إرجاع ما في القواعد وغيرها إلى ما ذكرنا ، قال : « ولو كان فيها غرس فطلب أحدهما قسمة أحدهما من الأرض أو الشجر خاصة

لم يجبر الآخر ، ولو طلب قسمتها معاً بعضاً في بعض أجبر الآخر مع إمكان التعديل ، ولو كانت الأرض عشرة أجرة وقيمة جريب واحد منها يساوي قيمة تسعة أجرة ، فإن أمكن قسمة الجميع بينها على أن يتساويا في الحصة مساحةً وقيمةً بأن يكون لأحدهما نصف ذلك الجريب ونصف التسعة الباقية وللآخر مثله بأن يكون الجريب في الوسط بحيث لا يلزم تفريق السهام وجب ، وإن تعذر التعديل كذلك بأن يكون الجريب في الطرف أو ذا بناء أو شجر أو نحو ذلك عدلت بالقيمة ، بأن جعل الجريب قسماً والتسعة قسماً وأجبر الممتنع عليها إذا لم يتضرر بتفريق السهام ولا غيره ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ لو كان بينهما قرحان متعددة وطلب واحد ﴾ من الشريكين مثلاً ﴿ قسمتها بعضاً في بعض لم يجبر الممتنع ﴾ لأن المشهور بين الأصحاب على ما في المسالك أن ما يعد شيئين فصاعداً من العقار كالدار المتعددة والأراضي المتعددة الخالية من الشجر - وهي المعتبر عنها بالأقرحة - والدكاكين المتعددة - سواء تجاوزت أم لا - والحبوب المختلفة كالحنطة والشعير لا يقسم بعضها في بعض ، بمعنى جعل بعضها في مقابل بعض قسمة إجبار ، وإنما يقسم كل واحد منها على حدته قسمة إجبار إذا أمكن ذلك من غير ضرر ، لأنها أملاك متعددة ، ولكل واحد منها خواص لا تحصل في الآخر ، بخلاف الأرض الواحدة والدار الواحدة وإن كنا لم نتحققه .

بل ذكرنا سابقاً أن قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع

التمكن منه وعدم الضرر تقتضي الجبر إذا فرض الضرر بقسمة كل منها على حدته ، وفوات الغرض لا يمنع الاجبار ، كفواته في المتعدد من النوع الواحد كالثياب والعبيد التي ذكروا فيها الجبر .

بل قد عرفت أن مقتضى إطلاق المصنف ذلك فيها وإن اختلف نوعها كغوب إبريسم وكنان ، وعبد حبشي وزنجي ، ولعله لذا حكى عن ابن البراج التصريح بقسمة الدور والأقرحة بعضها في بعض مع تساوي الرغبات ، بل عنه أنه قال : « وكذا لو تضرر بعضهم بقسمة كل على حدته جمع حقه في ناحية » ومقتضى إطلاقه أولاً الجبر وإن لم تكن متجاوزة وأمكن قسمة كل واحد منها على حدته ، إلا أن المحكي عنه في كشف اللثام الحكم بالاجبار مع التجاور والتضرر إذا قسم كل على حدته بأن تكون حصة كل منها في بعضها أو في كل مما لا يكاد ينتفع به .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو طلب قسمة كل واحد بانفراده أجبر الآخر ﴾ مع إمكانه بلا ضرر بلا خلاف ولا إشكال ، للقاعدة المزبورة وغيرها ، بل قد ذكرنا سابقاً أن هذا الفرد من القسمة يقدم على غيره من الأفراد ﴿ وكذا ﴾ الكلام ﴿ لو كان بينهما حبوب مختلفة ﴾ مثلاً .

﴿ و ﴾ كذا لا خلاف ولا إشكال في أنه ﴿ يقسم القراح الواحد ﴾ بينهما ﴿ وإن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعة إذا اختلفت أبنيتها ﴾ لأن الأصل في الملك هو الأرض ، وهي واحدة ، والأشجار والأبنية نوابغ . وفي محكي المبسوط « ويفارق هذا إذا كانت الأقرحة متجاوزة ، ولكل قراح طريق ينفرد به ، لأنها أملاك متميزة ، بدليل أنه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعة فيه بالقراح المجاور له ، وليس كذلك إذا كان القراح واحداً وله طريق واحدة ، لأنه ملك مجتمع ، بدليل أنه

لو بيع بعضه وجب الشفعة فيه مما بقي ، وأصل هذا وجوازه على الشفعة فكل ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعة فهو الملك المجتمع ، وكل ما إذا بيع بعضه لم تجب فيه الشفعة لمجاوره كانت أملاكاً متفرقة .

قلت : ليس المهم بيان الاتحاد والتعدد ، فإن العرف كافٍ فيه ، بل المهم بيان اعتبار الاتحاد في قسمة الإجماع ، مع أنه ليس في شيء مما وصل إلينا من الأدلة جعل ذلك عنواناً للحكم المزبور ، ومقتضى القاعدة المذكورة الأهم من ذلك ، على أنه لم يذكر واحك المتحد عارضاً والمتعدد كذلك ، وبالجمله التحقيق ما عرفت .

﴿ و ﴾ منه يعلم الحال أيضاً فيما ذكره المصنف وغيره من أنه ﴿ لا تقسم الدكاكين المتجاورة ﴾ فضلاً عن غيرها ﴿ بعضها في بعض ﴾ قسمة إجبار ، لأنها أملاك متعددة يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده ، فهي كالأقربة المتباعدة ﴿ ضرورة عدم صلاحية ذلك للخروج عن مقتضى القاعدة المزبورة ، على أنه يمكن أن يقال : إنها واحدة ، لأن الأصل الأرض ، والبناء تابع ، فالدكاكين كبيوت الدار ، ولعله لذا حكم في الإرشاد بالجبر ، وهو كذلك مع فرض عدم إمكان قسمة كل واحد منها بانفراده ، والله العالم .

النظر ﴿ الرابع في اللواحق ﴾

﴿ وهي ثلاث : الأولى : إذا ادعى ﴾ الشريك ﴿ بعد القسمة ﴾ الغلط لم تسمع دعواه فإن أقام بينة سمعت وحكم ببطلان القسمة ، لأن فائدتها تمييز الحق ولم يحصل ، ولو عدلها فالتمس اليمين كان له إن ادعى على شريكه العلم بالغلط .

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى الشريك بعد القسمة الغلط فيها) - ٣٦١ -

وفي المسالك ، لا فرق في عدم سماع دعوى الغلط في القسمة بمجرد ما بين كون القاسم منصوب الامام (عليه السلام) ومن تراضيا به وأفسها لأصالة الصحة إلى أن يثبت المزيل ، ولأن منصوب الامم (عليه السلام) كالقاضي لا تسمع الدعوى عليه بالظلم ، لكن لو أقام بينة سمعت ونقضت القسمة ، كما لو أقام البينة على ظلم القاضي وكذب الشهود ، ثم اختار أن له إحلاف الشريك مطلقا وإن لم يدع عليه العلم .

وفي القواعد ، ولو ادعى أحد المتقاسمين الغلط عليه وأنه أعطي دون حقه لم تنوجه له الدعوى على قسامة القاضي بغير الأجر ، ولا له عليه يمين ، بل إن أقام بينة سمعت ونقضت القسمة ، وإن فقدما كان له إحلاف شريكه ، فإن حلف برىء ، وإن نكل أحلف هو ونقضت ، هذا في قسمة الإيجاب ، وأما قسمة التراضي فالأقرب أنه كذلك .

وربما احتل اقتضاء المفهوم في كلامه توجه الدعوى على القسام إذا كان بأجرة ، لأنه ليس أمين الحاكم حينئذ ، بل هو وكيل المتقاسمين ، وأيضاً فهو في محل التهمة فتتوجه عليه الدعوى ، وفي كشف اللثام « لم أر هذا لقبره » .

وفي الدروس « ولو ادعى الشريك الغلط في القسمة أو في التقويم ولا بينة حلف الآخر » وفي المبسوط « إذا ادعى الغلط في قسمة التراضي كاختصاص أحدهما بالعلو والآخر بالسفل أو كان فيها رد أو كانا قد اقتسما بأنفسهما لم يلتفت إليه ، لأنه إن كان مبطلاً فظاهر ، وإن كان عفاً فقد رضي بترك هذه الفضلة ، ويشكل بإمكان عدم علمه بها حال القسمة ، فالوجه السماع حينئذ ، قيل ولا تقبل شهادة القاسم إن كان بأجرة ، وإلا قبلت لعدم التهمة ، ولا يحلف قاسم القاضي لأنه حاكم » .

والمحكي عن المبسوط أنه لم يسمع دعواه مطلقاً من غير فرق بين

قسمة الاجبار والتراضي وإن كان قد قال في وجه الأخير : « لأنها لم تخل من أحد أمرين : إما أن اقتسما بأنفسهما أو قسّم بينهما قاسم لحاكم ، فإن اقتسما بأنفسهما لا يلتفت إلى قول المدعي ، لأنه إن كان مبطلاً مسقط قوله ، وإن كان محققاً فقد رضي بترك هذه الفضلة ، فلا معنى لرجوعه فيها ، وإن كان القاسم قاسم الحاكم فن قال يلزم بالقرعة قال الحكم فيها كقسمة الاجبار ، وقد مضى ، يعني لم تقبل ، ومن قال لا تلزم إلا بتراضيهما بعد القرعة فلالحكم كما لو تراضيا من غير حاكم ، كما أنه أشار بقوله : « قيل » إلى ما في التحرير من أن الأقرب ذلك .

ثم قال فيه أيضاً : « ولو ادعى أحد الشريكين الغلط في القسمة وأنه أعطى دون حقه وأنكر الآخر فالقول قول المنكر مع يمينه ، ولا تقبل دعوى المدعي إلا بالبينة ، فإن أقام شاهدين على الغلط نقضت القسمة وأعيدت ، وإن لم تكن هناك بينة كان له إخلاف الشريك ، سواء كانت القسمة تلزم بالقرعة أو تتوقف على التراضي ، كما لو اقتسما بأنفسهما ، فإنه تسمع دعواه ، ويحلف خصمه أيضاً مع عدم البينة ، وعلى كل تقدير فليس له إخلاف قاسم القاضي على عدم الغلط ، لأنه حاكم ، ولو حلف بعض الشركاء ونكل الباقرن حلف مدعي الغلط ، وأفادت يمينه نقض القسمة في حق الناكين دون الخالفين ، إلى غير ذلك من كلماتهم في المقام .

إلا أن ظاهر ما سمعته منها وغيره الاتفاق على اقتضاها توجه اليمين على الشريك وإن لم يدّع عليه العلم ، بل قيل : لم يوجد له موافق على ذلك إلا ما عساه يفهم من عبارتي المبسوط والمجمع . فإني الكفاية - من أنه لو ادعى عليه العلم مكّن منه على الأشهر ، وإلا فقيه قولان - في غير محله .

قلت : الظاهر أنه كما ذكر المصنف مع فرض كون القاسم غيرهما ،

ضرورة عدم البين له عليه ، خصوصاً إذا كان منصوب الامام (عليه السلام) لكونه أميناً لها ، فلا يمين عليه مع فرض عدم التهمة ، لأن دعوى الغلط كما هو المفروض غيرها ، وليس له على الشريك اليمين على نفيه بعد أن كانت القسمة فعل غيره .

بل قد يقال : لا يمين له عليه أيضاً إذا كانا قد اتسما بأنفسهما أيضاً من دون دعوى العلم ، لأن دعواه من دونها لا توجب له حق اليمين على الشريك بعد اعتراف المدعي بكونه غير عالم به ، إذ هو معنى الغلط ، أي الخطأ بلا قصد ، فلا يتوجه له يمين عليه إلا مع دعوى أنك علمت بالغلط الذي وقع منا .

وحينئذ يتجه إطلاق المصنف عدم سماع دعواه مطلقاً بدون البينة ، على معنى عدم اقتضاءها يميناً مطلقاً إلا مع دعوى العلم على الشريك ، على أن القسمة فيها من فعلها المشترك بينهما ، والحلف على نفي فعل الغير إنما هو مع دعوى العلم به عندهم ، وحينئذ لا ربط للدعوى المفروضة بالشريك على وجه يكون مدعى عليه حتى يندرج في قولهم (عليهم السلام) (١) : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » إلا مع دعوى علمه بذلك ، وبدونها تكون دعوى مجردة عن مدعى عليه ، فينحصر طريق ثبوتها بالبينة ، كما تسمعه من الاسكافي ، فراد المصنف حينئذ عدم استحقاق المدعي بمجرد هذه الدعوى المفروضة عدم اعتراف الشريك بها يميناً له عليه لعدم تعليلها بما يقتضيه على الشريك المفروض اعتراف خصمه بعدم علمه بالغلط المدعى به .

بل الظاهر عدم اقتضاءها أيضاً لو وجهتها على منصوب الامام (عليه السلام) لاقتضاءها فسقه بانكاره ، فهي كدعوى العلم بالخطأ على الحاكم ،

(١) الوسائل الباب ٢ - من ابواب كيفية الحكم

بل وعلى منصوبها المفروض اعترافه بعدم التهمة له في قسمته ، لما عرفت من كون دعوى الغلط خطأ من غير قصد ، وإنما هي بعد ذلك ، بمعنى أنه علم بالغلط وأخفاه ، والظاهر أن إقراره بعد ذلك بسبب توجيه اليمين عليه أو نكوله عنه أو رده على المدعي لا يقتضي بطلان القسمة التي هي متعلق حق الغير ، ولو أن هذا الإقرار يجدي في البطلان لكان الإقرار بعدم الغلط مجدياً في الصحة ، نعم ربما يكون لليمين فائدة عدم استحقاق الأجرة أو الغرم أو نحو ذلك ، وهو غير المفروض الذي هو انتقاض القسمة ، فتأمل .

وبذلك يظهر لك النظر في جملة من الكلمات السابقة بل وغيرها مما لم ننقله أيضاً فلاحظ وتأمل .

نعم ما يحكى عن أبي علي قد يظهر منه موافقته المصنف ، قال : « ولو ادعى أحد الشركاء غلطاً لم تنقض القسمة حتى يقيم المدعي البينة بالغلط » بل يمكن تقييد إطلاق اليمين في العبارات السابقة بما إذا ادعى العلم أو المستفاد من عبارة التحرير ، وهو فرض إنكار الخصم بالتصريح بعدم الغلط في وجوب الدعوى ، وحينئذ يتوجه له اليمين عليه ، لتحقق الاتكار حينئذ ، وهو غير المفروض في عبارة المتن الذي هو مجرد دعوى الغلط ، فتأمل جيداً فإنه دقيق .

ثم لا يخفى عليك أن ما في التحرير من قبول شهادة القاسم إذا لم يكن بأجرة لا يخلو من نظر ، كما يشعر به نسبه إلى القيل في الدروس من حيث رجوعها إلى أنها شهادة على فعل نفسه ، فتخرج عن المناسق من موضوع الشهادة من غير فرق بين الأجرة وعدمها ، نعم يبقى قبول إخباره من حيث كونه أميناً ، وهو غير الشهادة ، ولا تفاوت فيه بين الأجرة وعدمها على الظاهر ، نعم ما ذكره من اختصاص الناكلين من

ج ٤٠ (حكم ما لو ظهر بعض المال مستحقاً للغير بعد القسمة) - ٣٦٥ -

الشركاء حيث يتوجه عليهم اليمين ببطان القسمة في حقهم بعد حلف المدعي اليمين المردودة على الأصح جيد وإن حكي عن الشهيد في بعض فوائده بطلان أصل القسمة ، لأنها شيء واحد فلا تنبعض ، إذ هو كما ترى ، ضرورة إمكان تعددها في الظاهر بالنسبة إلى أحكامها وإن اتحدت في الواقع ، كما في سائر النظائر ، والله العالم .

﴿ الثانية : إذا اقتسما ﴾ مثلاً ﴿ ثم ظهر البعض مستحقاً فإن كان معيناً مع أحدهما بطلت القسمة ﴾ بلا خلاف بل ولا إشكال ﴿ لبقاء الشركة ﴾ حينئذ ﴿ في النصيب الآخر ﴾ لعدم التعديل ﴿ ولو كان فيها بالسوية لم تبطل ﴾ بلا خلاف أيضاً ولا إشكال ﴿ لأن فائدة القسمة باقية ، وهو إفراد كل واحد من الحقين ﴾ بعد إخراج المستحق ، نعم عن بعض العامة احتمال البطان لتبعض الصفقة ، من غير فرق في ذلك بين اتحاد جهة الاستحقاق وتعددتها وبين اتحاد المستحق وتعددته .

نعم ينبغي تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقصاً في حصة أحدهما خاصة بأخذها ولم يظهر به تفاوت بين الحصتين ، مثل أن يسد طريقه أو يجري مائه أو ضوئه ، فإن القسمة حينئذ باطلة ، لبطان التعديل .

ومنه يعلم قوة بطلانها لو ظهر في نصيب أحدهما عيب لم يعلم قبل القسمة ، لفقد التعديل ، لكن ظاهر التحرير التخيير بين فسخها وبين الرجوع بالأرش كالباع ، وهو مشكل خصوصاً مع القول بعدم قابليتها للفسخ ، بل متى صححت لزمت ولا تعود إلا بسبب جديد مقتضى للشركة ، فما في القواعد من جريانه فيها إذا اتفقا عليه محل نظر وثأمل ، إذ ليس في أدلة الاقالة ما يقتضي مشروعيتها في فسخ سبب الافراز والتعيين كي يخرج به عن الأصل ، والله العالم .

﴿ ولو كان ﴾ المستحق ﴿ فيها ﴾ معاً لكن ﴿ لا بالسوية

بطلت \hookrightarrow القسمة أيضاً \hookrightarrow لتحقق الشركة \hookrightarrow كما هو واضح .
وعلى كل حال فلا يضمن أحدهما درك ما يحدثه الآخر من غرس
أو بناء لو ظهر الاستحقاق ، لعدم كون القسمة بيعاً عندنا . وكذا لا يضمن
له العيب المتجدد في الثلاثة .

\hookrightarrow وإن كان المستحق مشاعاً معها فللشيخ قولان : أحدهما لا تبطل
فيما زاد عن المستحق ، والثاني تبطل ، لأنها وقعت من دون إذن الشريك \hookrightarrow
حتى لو كانت الاشاعة في نصيب أحدهما خاصة \hookrightarrow وهو الأشبه \hookrightarrow بأصول
المذهب وقواعده .

ولا فرق في جميع ما سمعت بين أن يكونا عالمين بالاستحقاق أو
جاهلين أو أحدهما جاهلاً دون الآخر ، فإن القسمة مع العلم بالاستحقاق
المبطل للتعديل لا يدل على انتقال نصيب أحدهما أو شيء منه إلى الآخر
انتقالاً لازماً ، وغاية ما يلزم العلم رضا أحدهما بتقصان نصيبه مع سلامة
المستحق له .

هذا وربما ظهر من تعليل المصنف وغيره الصحة مع الاذن على أن
تكون حصته مشاعة معها ، وحينئذ فلحوقها كافٍ . وأولى منه بذلك
لو ظهر تعدد الشركاء في السهمين مثلاً ورضوا بما وقع من القسمة ،
إذ الظاهر جريان الفضولية فيها .

كما أن الظاهر جواز القسمة مع التراضي بينهم بافراز حصة جملة
من الشركاء عن جملة أخرى ، فإذا أراد أحد الفريقين تمييز مساهمهم
اقتسموا بينهم قسمة أخرى وهكذا ، بل وغير ذلك من الصور المتصورة
في المقام حتى ما أشرنا إليه من القسمة بين الشريكين وبقاء الثالث على
الاشاعة في نصيب كل منهما ، فانه وإن لم يتميز حقه بالخصوص كما أنه
لم يتميز حق كل منهما عن تمام الشركة ولكن تميزهما عن الآخر وانقطاع

ج ٤٠ (حكم ما لو ظهر على الميت دين بعد تقسيم التركة) - ٣٦٧ -

شركة الثالث عن المجموع كاف في صحتها المستفادة من مشروعية ما تعينه القسمة من المقطوع به كتاباً (١) وسنة (٢) وإجماداً ، فكلاماً لم يعلم فساده محكوم بصحته على نحو ما عرفته في غيرها .

وتعريفها بأنها تميز الحقوق لا يقتضي اشتراط صحتها بوقوعها على ما يقتضي إفراز كل سهم وإن رضي الشركاء باجتماع بعض مع بعض وبقاء سهم بعضهم مشاعاً مع كل واحد من المقتسمين ، بل في بعض أدلة القرعة (٣) ما يقتضي شرعيتها في القسمة مشاعاً مرات متعددة .

بل كلامهم كالصريح في قسمة مختلف السهام بجواز اقتضاء القرعة خروج سهم أحدهم وبقاء الباقي على الاشاعة ، وبجواز ما سمعته من الصور المشتملة على الاحتراز عن التفرق في الملك ، وغير ذلك مما يقتضي البناء على الأصل المزبور في مشروعية القسمة حتى يعلم الفساد ، لا أن المشروع منها مجمل فكلما شك فيه ينقضي على أصل الاشتراك ، وإلا لأشكل الحال في كثير من صورها المصرح بجوازها مع التراضي مثل قسمة العبدین الخسيس والنفيس المقتضية لبقاء الاشاعة في النفيس دون الخسيس وغيرها من الصور ، والله العالم .

﴿ الثالثة : لو قسم الورثة تركة ثم ظهر على الميت دين ﴾ فلا ريب في صحة القسمة وإن كان الدين مستوعباً ، بل مع العلم بوجود الدين بناءً على المختار من كونها ملكاً لهم معه ، وتعلق حق الدين بها لا ينافي صحة القسمة وإن بيع نصيب الممتنع منهم من وفاته ،

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٨ وسورة القمر : ٥٤ - الآية ٢٨ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢ و ٧ - من كتاب الشفعة .

(٣) الوسائل - الباب - ٣٠ - من أبواب الأطعمة المحرمة - الحديث ١٠١ من كتب الأطعمة والأشربة .

إذ هو كما تعلق بها مع كلية سهم الوارث يتعلق بها مع تشخصه .
 وحينئذ فقول المصنف : ﴿ فان قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة ،
 وإن امتنعوا نقضت ، وقضى منها الدين ﴾ لا يتناول من إشكال ، وكذا
 ما في الدروس « لو اقتسم الورثة ثم ظهر دين وامتنعوا من أدائه نقضت
 القسمة ، ولو امتنع بعضهم بيع نصيبه » بل وما في القواعد « ولو قسم
 الورثة التركة وظهر دين فان أدوه من مالهم وإلا بطلت القسمة ، ولو
 امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصة بقدر ما يخصه من الدين ،
 ولو اقتسموا البعض وكان في الباقي وفاء أخرج منه الدين ، فان تلفت
 قبل أدائه كان الدين في المقسوم إن لم تؤد الورثة » .

ألهم إلا أن يريدوا بالنقض ما ذكروه من البيع كما هو ظاهر
 المسالك أو صريحها لافساد القسمة ورجوع المال إلى الاشاعة ، وإلا
 لانتج بطلانها أيضاً بامتناع البعض ، ضرورة اقتضاء فسادها في البعض
 فسادها في الجميع ، كما هو واضح .

نعم قد يشكل أصل جوازها مع استيعاب الدين بناءً على مختاره
 من كونها على حكم مال الميت بأنه ليس للورثة حينئذ القسمة ، لعدم
 تلك لهم ، كما اختاره في كشف اللثام ، بل ومع عدم الاستيعاب بناءً
 على بقاء ما قابل الدين منها مشاعاً على حكم مال الميت .

لكن قد يجاب عن ذلك باكتفاء هؤلاء بتعلق حق الوارث بها في
 جواز القسمة التي هي غير منافية لتعلق حق الدين فتأمل .
 ولو ظهرت وصية تملكية بعد القسمة ففي المسالك « فان كانت
 بمال فهو كما ظهر دين ، وإن كانت بجزء شائع أو بعينه فعلى ما ذكرنا
 في ظهور الاستحقاق » وسبقه إلى ذلك في الدروس والوصية بجزء من
 المقسوم تبطل القسمة ، بخلاف الوصية بالمال المطلق ، فانها كالدين »

ج ٤٠ (حكم ما لو كان ماء أحد الشريكين جارياً في حصة الآخر) - ٣٦٩ -

وسبقه إليه أيضاً في القواعد ، ولو ظهرت وصية بجزء من المقسم فكالمتحقق ، وإن كانت بمال فكالدين .

وفيه أن الأول يتم إن لم نقل برجوعه إلى الاشاعة في التركة وإلا أشكل الصحة حيثئذ ، ضرورة كونه حيثئذ كالقسمة مع الوصية بجزء مشاع في البطلان ، لعدم إذن الشريك ، بل يمكن البطلان بناءً على أنه كلي في التركة نحو الصاع من الصبرة في أحد الاحتمالين ، لأنه ليس كالدين في الذمة ، بل هو كلي في التركة ، فلا تجوز القسمة بدون إذن الموصى له ، لأنه مالك للمقسم في الجملة ، إذ الكلي موجود بوجود أفراد ، بسل لا يعقل ملك الكلي في الخارج ، ولا محل له . وبذلك يفرق عن الدين الذي محله الذمة وإنما تعلق في التركة امتحقاق الغرماء .

ألهم إلا أن يقال : إنه باعتبار كون الموصى به كنباً ولكن تعيين الفرد بيد الوارث فلا ينافي صحة القسمة حيثئذ مع قيام الوارث بدفع الفرد منها ولو موزعاً على الأنصباء ، نحو ما سمعته في الدين ، كما لا يمنع البائع من بيع باقي الصبرة قبل دفع الصاع منها على المشتري بناءً على أنه كلي منها ، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيها معاً من التأمل ، والله العالم .

ومن اللواحق أيضاً أنه لو أخذ أحد الشريكين بيتاً في دار والآخر غيره وبيت الأول يجري ماؤه في حصة الثاني لم يكن للثاني منعه من الجريان عليه ، فإن التعديل قد كان بأن يكون لكل منهما حصة بحقوقها ، إلا أن يشترط حين القسمة رد الماء عنه ، فإن أطلق بقي على حاله .

ولو وقع الطريق لأحدهما وكان للحصة الآخر منفذ وطريق إلى الدرب صحت القسمة وإلا بطلت ، لانتفاء التعديل إلا أن يجعل عليه مجازاً في حصته أو يشترط سقوط المجاز ، خلافاً لما عن القاضي من بطلان اشتراط سقوط المجاز .

ولو كان مسلك البيت الواقع لأحدهما في نصيب الآخر من الدار فهو كمجرى الماء .

ومنها أن لولي الطفل والمجنون المطالبة بالقسمة ، لكن في القواعد مع الغبطة لها ، وعليه الحصة من أجرة القسمة من مال المولى عليه لا بدونها ، بل في كشف اللثام « وإن انتفت المفسدة واكتفينا في تصرفات الولي بانتفائها ، فإن الاجبار بمجرد غير معلوم » وإن كان فيه بحث . وإن طلب الشريك القسمة وانتفى الضرر أجبر الولي عليها وإن كانت الغبطة في الشركة ، للقاعدة السابقة ، وعليه الحصة من الأجرة من مال المولى عليه ، وعن التحرير احتمال العدم ، لأن أخذ الأجرة من ماله - ولا غبطة له - اجحاف :

وأما الكلام في المهياة وقسمة الوقف فقد تقدم الكلام فيها في كتاب الشركة (١) والله العالم .

النظر الرابع

﴿ في احكام الدعاوى ﴾

﴿ وهي تستلحي بيان مقدمة ومقاصد ، أما المقدمة فتشتمل على

فصلين : ﴿

﴿ الأول : في المدعي ﴾

الذي قد استفاد في النصوص (١) أن البينة عليه ، كما استفاد (٢) كون اليمين على المدعى عليه، ومن أنكر كما في بعض النصوص (٣) . وعلى كل حال فالمرجع فيها العرف على حسب غيرها من الألفاظ التي لم تثبت لها حقيقة شرعية ولا قرينة على إرادة معنى مجازي خاص، وما عن بعض الناس من ثبوتها في المدعي واضح الفساد ، نعم وبها ثبت حكم المنكر للمدعي كما في دعوى الرد للودعي وغيره ، لا أنه يكون بذلك مدعى عليه ، فلا مرجع حيثل إلا العرف الذي لا اشتباه فيه في كثير من أفراد بل جميعها ، ولعله لذا اقتصر في الصحاح على قوله : « ادعيت على فلان كذا ، والاسم الدعوى » ومع فرض الاشتباه ينحصر الإثبات بالبينة التي هي حجة شرعية ، ومع فرض تعارضها تلتزم المرجحات وإلا فالقرعة كما ستعرف .

﴿ و ﴾ حيثل فالواقع من المصنف وغيره بل قيل : إنه المشهور من تفسيره بأنه ﴿ هو الذي يترك لو ترك الخصومة ﴾ أي سكت عنه لو سكت عنها لا يراد منه إلا الإشارة إلى تميز معناه العرفي في الجملة ، نحو التعاريف اللفظية ، فلا يناقش بعدم الانعكاس أو عدم الاطراد ، ضرورة عدم كون ذلك معنى للمدعي المراد به هنا من قام به لإنشاء الدعوى التي هي الاخبار الجازم المقتضي لترتب الحق على الغير أو الخروج من الحق الذي له عليه ، وإنما هو من لوازم الدعوى الأولى ، بخلاف

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم .

(٣) الوسائل - الباب - ٢٥ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٣ .



الثانية التي هي نحو دعوى الاضرار والوفاء وردّ المفصوب والوديعة ونحوهما مما لا يترك عن المطالبة بالحق لو ترك الدعوى بذلك . وقد اعترف به في المسالك في دعوى الرد من الأمين وإن اشتبّه بذكر ذلك في وجه كونه مدعياً .

ومن ذلك يعلم ما في كلام جماعة أن هذا التفسير هو المتبادر المتناسب لما ذكره خبر واحد من كون الدعوى بمعنى الطلب الذي منه « ولم ما يدهون » (١) .

مضافاً إلى معلومية التباير بين الدعوى بمعنى التداعي الذي هو المخاصمة وبينها بمعنى التضيي ، وإلى عدم انطباقه على دعوى الزوج عدم التصرف بالزوجة مع الخلوة ، فإنه مدع عندهم ولا يترك لو ترك هذه الدعوى ، فإن الزوجة تطالبه بتمام المهر بدعوى دخوله بها ، والفرص أن للقول قولاً معها .

﴿ و ﴾ لعله لذا ﴿ قيل : ﴾ إن المدعي ﴿ هو الذي يدعي خلاف الأصل ، أو أمراً خفياً ﴾ منافياً للظاهر الشرعي ، فإنه حيثئذ أشمل من الأول ، لاندراج دعوى الحق له والخروج عما عليه فيه ، لكونها معاً مخالفتين للأصل ، واندراج دعوى ما يخالف الظاهر شرعاً فيه أيضاً ، ومن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصة عن بعضٍ وبالمعطوف عليه خاصة عن آخر ، وحيثئذ تكون الأقوال الأربعة .

لكن ظاهر المصنف والنافع وغيره انحصار الخلاف في قولين ، ولعله لأن دعوى تفسيره بالآخر خاصة مما لا ينبغي صدوره ، ضرورة عدم مثابة أكثر المدعاوى للظاهر الذي هو مقتضى العادة ونحوها ، لا أن المراد به ولو من جهة الأصل الذي لم يعهد التعبير به ، بل في الغالب

يجعل مقابلاً للأصل، وكذا تفسيره بالمعطوف عليه . فانه مناف لما يخالف الظاهر  وكيف عرفناه بالمنكر في مقابله  .

وعلى كل حال لا يخفى عليك أيضاً أنه ليس شيء منها منطبقاً على معنى المدعي الذي قد عرفت ، وإنما المراد بتعريفه بذلك التمييز بذكر شيء من خواصه اللازمة أو الغالبة وإن خرجت عن مفهومه .

مع أنه قد يناقش أيضاً بأن فيه إجمالاً ، لأنه إن كان المراد مخالفة مقتضى كل أصل بالنسبة إلى تلك الدعوى فلا ريب في بطلانه ، ضرورة أعمية المدعي من المخالفة للأصل ، فان كثيراً من أفرادها موافقة لأصل العدم وغيره ، ولكنها مخالفة لأصل الصحة ونحوه ، وإن أريد مخالفة أصل في الجملة فلا تمييز فيه عن المنكر الذي قد يخالف أصلاً من الأصول . وأما تمييزه بمخالفته الظاهر فالظاهر إرادة إدراج ما ثبت في الأدلة الشرعية من تقديم قول مدعي الظاهر بيمينه في مقامات خاصة ، فيكون المخالف له حينئذ مدعياً ، ومن هنا كان الوجه ذكر ذلك متضمناً إلى دعوى مخالفة الأصل في تفسير المدعي لا مقتصراً عليه ، لخلو كثير من الدعاوى عنه . وحينئذ قد يقال : إن ذلك ليس بأولى من القول بأنه من قبول دعوى المدعي بيمينه للدليل ، نحو ما ذكرناه في دعوى الرد من الودعي ، ودعوى التلف من الأمين ونحو ذلك ، بل هذا أولى ، ضرورة صدق كون المرأة هي المدعية للخول الزوج بها مع الخلوة ، وكذا غير ذلك من المقامات التي ثبت من الأدلة تقديم موافق الظاهر على مخالفه حتى مدعي الصحة على مدعي الفساد الذي هو مقتضى الأصول العقلية . وبذلك ظهر لك أنه ليس مدار المدعي والمدعى عليه عرفاً من يقدم قوله بيمينه ومن يطلب منه البينة ، فانه قد يكون مدعياً عرفاً ويقبل قوله بيمينه .

كما أنه ظهر لك صدق المدعي عرفاً مع موافقته الأصل والظاهر ، بل ولا يترك إذا ترك .

كل ذلك مع شدة الخفاء في تفسير المدعي بأنه الذي يدعي أمراً خفياً ، ضرورة عدم تفاوت الخفي والظاهر في صدق المدعي والمدعى عليه . وأعظم من ذلك كله أنهم جعلوا هذه التعاريف المتعددة اختلافاً من ذوبها في معنى المدعي ، حتى أنهم رتبوا الأحكام عليها عند اختلاف مقتضاها الذي ذكروا مثاله اختلاف الزوجين قبل الدخول إذا أسلم في معية الاسلام وتعاقبه ونحو ذلك .

فقال في القواعد : « المدعي هو الذي يترك لو ترك الخصومة ، أو الذي يدعي خلاف الظاهر أو خلاف الأصل ، والمنكر في مقابلته ، ولو أسلم قبل الوطء فادعى الزوج التقارن فالنكاح دائم ، وادعت التعاقب فالزوج هو الذي لا يترك وسكوته ، والمرأة تدعى الظاهر ، وهو التعاقب ، لبعد التقارن ، ففي تقديم قول أحدهما احتمال » .

وفي الدروس « المدعي هو الذي يخفى وسكوته ، أو يخالف الأصل أو الظاهر ، والمنكر بازائه ، والفائدة في مثل دعوى الزوج تقارن الاسلام قبل المسيس والمرأة تعاقبه ، فعلى الظاهر الزوج مدعى ، وعلى التخفية هي ، لأنها لو سكنت لم يتعرض الزوج واستمر النكاح ، والزوج لا يخفى ، وكذا على مخالفة الأصل ، وفي دعوى الزوج الاتفاق مع اجتماعها وإنكارها » .

وعلى هذا المنوال جرى ثاني الشهيد في المسالك والروضة والأردبيلي في مجمع البرهان والاصبهاني في كشفه والسيد في رياضه وغيرهم . والأصل في ذلك الشافعي ، قال في الروضة للرافعي : « في معرفة المدعي والمدعى عليه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي في مسألة

إسلام الزوجين ، أظهرهما عند الجمهور أن المدعى من يدعي أمراً خفياً يخالف الظاهر ، والثاني من لو سكّت خفي ومكوتة ولم يطالب بشيء ، فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو أو عينا في يده فأنكر فزيد هو الذي لو سكّت ترك ، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر - إلى أن قال - : فزيد مدع بمقتضى القولين ، وعمرو مدعى عليه ، ولا يختلف موجبها غالباً ، وقد يختلف ، كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول ، فقال الزوج : أسلمنا معاً فالنكاح باقٍ ، وقالت : بل على التعاقب ولا نكاح ، فان قلنا : إن المدعي من لو سكّت ترك فالمرأة مدعية ، فيحلف ويستمر النكاح ، وإن قلنا بالأظهر فالزوج مدع ، لأن ما يزعمه خلاف الظاهر ، وهي مدعى عليها ، فتحلف ويرتفع النكاح ، إلى آخر ما ذكر مما هو مسطور في كلمات الأصحاب ، خصوصاً المسالك منها .

والذي يظهر أن المدعي والمدعى عليه معنى واحد ، وليس هذا اختلافاً في معناهما على وجه يوجب اختلاف الأحكام ، وإنما ذكروا تعريفه ببعض الخواص لارادة التمييز في الجملة ، وإلا فن المقطوع أنه ليس بشيء منها معنى المدعى ، وخصوصاً المراد به هنا ، وهو الذي من التداعي بمعنى المخاصمة ، ولعله لذا جعله في اللمعة من كيفية الحكم ، وربما كان هو الموماً إليه بقوله (عليه السلام) (١) « استخراج الحقوق بأربعة » وبقوله (عليه السلام) (٢) : « بالقضاء بالشاهد واليمين في

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٤ .

(٢) الظاهر أنه (قدّه) أراد به ما في صحيح محمد بن مسلم المروي في الوسائل

- الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١٢ حيث قال (عليه السلام) : « لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس ، فأما ما كان من حقوق الله من وجل أو رؤية الهلال فلا » ولم نجد نص ما ذكره (قدّه) بعينه في الأخبار .

حقوق الناس دون حقوق الله .

وحينئذ فالمراد به الذي قام به إنشاء الخصومة في حق له أو خروج من حق عليه ، سواء وافق الظاهر والأصل بذلك أو خالفها ، وسواء ترك مع سكوته أو لم يترك ، فإن المدعي عرفاً لا يختلف باختلاف ذلك .
وحينئذ ففي مسألة الاسلام كل من الزوج والزوجة مدعى لو كان مصب دعوها ذلك ، والزوجة خاصة مدعية لو كان دعوها انفساخ النكاح والزوج بقاؤه وبالعكس .

وكيف كان فالرجوع إلى العرف في مصداقها أولى من ذلك كله ، ولعله لا اشتباه فيه بعد امتياز خصوص الدعوى بين المتخاصمين ، نعم قد يقدم قول المدعي بيمينه في مقامات كثيرة للأدلة الخاصة ، وذلك لا يخرج من كونه مدعياً ، وإنما يخرج عن الحكم بأن عليه البينة ، وليس كل من قدم قوله بيمينه منكراً ، وكل من طلب منه البينة مدعياً . ومن ذلك دعوى الدعي رد الوديعة ودعوى الأمين تلف المال وغير ذلك ، بل لعل منه تقديم قول مدعي الصحة ، فانه مدع ، ولكن قدم قوله بيمينه ، فتأمل فانه بما ذكرنا يظهر لك النظر في كلمات كثيرة في المقام ، والله الهادي .
﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف في أنه ﴿ يشترط ﴾ فيه أي المدعي ﴿ البلوغ والعقل ﴾ ، وأن يدعي لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه ، وما يصح منه تملكه ، فهذه قيود أربعة . فلا تسمع دعوى الصغير ولا المجنون ﴿ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم ﴾ ، بل هو لإجماع مضافاً إلى انسياق غيرها من الأدلة ، بل الدعوى أيضاً لإنشاء يترتب عليه أحكام ، وعبارته مسلوقة عنه ، كغيرها من الانشاءات ، لاتفاق النص (١) والفتوى على أنه لا يجوز أمره حتى يبلغ .

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب مقدمة العبادات - الحديث ٢ .

﴿ ولا دعواه مالا لغيره إلا أن يكون وكيلاً أو وصياً أو ولياً ﴾
 كالأب والجد ﴿ أو حاكماً أو أميناً لحاكم ﴾ بلا خلاف أجده في حكم
 المستثنى منه ، لأصالة عدم وجوب الجواب لغيرهم ممن لا حق له ، لكن
 قد يشكل بالمرتهن والدعوى والمستعير والملتقط ونحوهم ، فإن التزام عدم
 سماع دعواهم على وجه لا تقبل منهم البينة على من غصب منهم ذلك
 مثلاً كما ترى ، ولا يندرج أحد منهم في أحد هؤلاء ، اللهم إلا أن يدعى
 اندراجهم في الولي في المتن بدعوى عموم الولاية لمثل ذلك .

لكن فيه أن غير المصنف قد صرح بارادة الأب والجد من الولي ،
 أو يقال : إن المراد نفي سماع دعوى المال لغيرهم ، لا نفي سماعها من
 حيث حق العارية والرهانة مثلاً ، كما أنه قد يشكل أيضاً بدعوى المحتسبين
 أموال الأطفال والمجانين مثلاً ، فإن عدم سماع دعواهم مشكل ، واندراجهم
 في أحد هؤلاء أشكل ، اللهم إلا أن يتوكلوا من الولي الذي هو غير عالم
 بالحال ، ومع فرض عدم وجوده يكون المحتسب ولياً .

ولا في حكم المستثنى وإن قال بعض مشائخنا : لا يحلف الولي
 ولا يحلف ، إذ لا فائدة للمولى عليه في ذلك ، إذ لعله إذا بلغ صالح ،
 وفيه أن عموم الولاية يقتضي أن له التحليف الذي هو حق من حقوقه
 فله استيفاؤه ، على أنه قد تقتضي المصلحة ذلك أيضاً .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا تسمع دعوى المسلم خيراً أو خنزيراً ﴾ ونحوهما
 مما لا يصح تملكه له ، نعم لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الإسلام .
 ﴿ ولا بد ﴾ في السماع أيضاً ﴿ من كون الدعوى صحيحة ﴾
 في نفسها ، فلا تسمع دعوى المحال عقلاً أو عادة أو شرعاً ﴿ لازمة ﴾
 أي ملزمة للمدعى عليه ﴿ فلو ادعى هبة لم تسمع حتى يدعى الاقباض ،
 وكذا لو ادعى رهناً ﴾ أو وقفاً بناءً على اعتبار القبض في الصحة ، إذ

لا حق له عليه بدونه ، وفي كشف اللثام « فان الانكار فيما لم يلزم رجوع ، أو لأنه مع الاثبات لا يجبر على التسليم » وفي الأول منع واضح ، وفي الدروس التعبير عن ذلك بقوله : « وكل دعوى ملزمة معلومة فهي مسموعة ، فلا تسمع دعوى الهبة من دون الاقباض ، وكذا الرهن عند مشروطه فيها ، ولا البيع من دون قوله : ويلزمك تسليمه إليّ » لجواز الفسخ بخيار المجلس . وكيف كان فلا أجد خلافاً بينهم في الحكم المزبور ، بل ولا إشكالا .

نعم عن الأردبيلي « ما المانع من أن يدعي الصحة أولاً فيثبتها ويدعي الزوم ، ثم إنه يردّ عليهم مثله فيما إذا ضم إليها دعوى القبض ، إذ لعل الموهوب له أجنبي ، على أنه يرد مثله في دعوى البيع ، إذ على هذا لا بد من دعوى انقضاء المجلس أو الأيام الثلاثة في الحيوان ولا قاتل به . وفيه أن الصحة بدون القبض ليس حقاً لازماً للمدعى عليه ، ضرورة رجوع ذلك إلى التهيؤ للصحة مع تمام ما يعتبر فيها ، وهبة الأجنبي مع القبض صحيحة ، ويترتب عليها الأثر وإن جاز له الفسخ ، فان المراد باللازمة المقنضية للاستحقاق على المدعى عليه ، لا كون المدعى به أمراً لازماً على وجه لا يكون به خيار للمدعى عليه ، وما سمعته من الدروس إنما يراد به إتمام الدعوى بما تكون به حقاً لازماً للمدعى عليه ، إذ يمكن مع البيع الفسخ بخيار أو إقالة أو غير ذلك ، فيحتاج إلى التهمة المزبورة ليثبت الاستحقاق ، لا أن المراد اعتبار الزوم في صحة دعوى البيع .

ومنه يعلم النظر في ما بقي من كلامه نعم قد يقال : إن المناق من الهبة المقبوضة ، فيكفي في صحة دعواها حينئذ ، وكذا الرهن والوقف ولكن فيه منع ، وعلى تقديره فهو بحث لفظي ، والله العالم .

﴿ ولو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ولا بينة فادعى علم الشهود له ففي توجه اليمين على نفي العلم تردد ﴾ كما عن التحرير والارشاد

وغاية المراد ﴿ أشبهه عدم التوجه ﴾ كما في الدروس والمسالك وعكس
الابضاح وغيره ﴿ لأنه ﴾ أي المدعى به ﴿ ليس حقاً لازماً ﴾
للمدعى عليه ﴿ و ﴾ قد عرفت اعتباره في سماع الدعوى فـ ﴿ لا
تثبت ﴾ الدعوى المزبورة حيثنذ ﴿ بالنكول ﴾ على القول بالقضاء به
﴿ ولا باليمين المردودة ﴾ على القول الآخر ، ﴿ ولأنه ﴾ أي القول
بتوجه اليمين ﴿ يثير فساداً ﴾ وهو اجترأ الناس على تخايف كل من
حكم له أو شهد له ، بل هو كالدعوى على الشهود بالكذب بل والحاكم
بالفسق الذي هو منافٍ لمنصب الحكومة الذي قد عرفت سابقاً عدم سماع
الدعوى عليه بفسق أو جور إلا بالبينة .

وربما علل بعضهم الحكم المزبور بعدم ثبوته بالنكول واليمين المردودة ،
وظاهره المفروغية منه ، بل ربما فسر عبارة المتن بذلك بعد إبدال الفاء
بالواو ، ومقتضاه حيثنذ عدم بطلان الحكم بالعلم بالفسق من المدعي وإن
كان لو أقر بذلك بطل الحكم في حقه ، لعدم دلائل الاقرار ، بخلاف
العلم بالفسق واستحلاله المال ، لكون المفروض العلم واقعاً أنه ماله ، نعم
لو كان طريقه إليه شهادة الشهود مثلاً وكان عالماً بفسقهم لم يحل له ،
فتأمل جيداً .

ولكن قد يناقش بمنعه أولاً بعد درض توجه اليمين له ، وبعدم
التلازم بين توجه اليمين واستحقاق رده ، كما في كثير من المواضع ، بل
قد يناقش في أصل عدم توجه اليمين ، لاطلاق البينة على المدعي واليمين
على المدعى عليه ، (١) وبأن له حقاً يترتب عليه إذا أقر بذلك ، ويكفي
ذلك في كونه حقاً لازماً .

ومن هنا مال الأردبيلي (قدس سره) إلى توجه اليمين في غير

(١) الرسائل - الباب ٣ - من أبواب كيفية الحكم .

دعوى العلم بفسق الحاكم لما فيه من الفساد، كدعوى كذب الشهود وجوره .
 وفيه أن الفساد بالدعوى على الحاكم ، أما الدعوى على غيره فلا فساد
 فيه ، على أن دعوى الجرح لا فساد فيها ، بل عن السلامة توجه اليمين
 في الدعوى على الشهود بالكذب - وإن كان هو كما ترى - منافٍ لمذاق الشرع .
 وكذا لو التمس المنكر يمين المدعي متضمنة إلى الشهادة لم
 تجب إجابته ، لنهوض البينة بثبوت الحق فلا دعوى له عليه بحق
 لازم بلا خلاف فيه بيننا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى النص (١)
 من غير فرق في ذلك بين العين والدين ، وقد تقدم الكلام فيه سابقاً .
 لكن في القواعد مع ذكر الحكم المزبور قال : « ولو التمس المنكر
 بعد إقامة البينة عليه لإحلاف المدعي على الاستحقاق أجيب إليه ولو التمس
 المنكر يمين المدعي مع الشهادة لم يلزم إجابته » .

ويمكن أن يريد في الأول الحلف على الدين بعد دعوى البراءة منه ،
 إذ التماس الأحلاف دليل على ذلك ، أو المراد أنه لو ادعى أنه أقرضه
 مثلاً مائة درهم وشهدت البينة على التسليم دون الثبوت في الدمة فالتمس
 المنكر الحلف على الاستحقاق أو اليمين على الاستحقاق فعلاً الذي
 شهدت البينة على أصله ، نحو يمين الاستظهار الذي يمكن من فمواه
 الاستدلال على المقام وإن فرّق بينهما بتوقف الإجابة هنا على سؤال المنكر
 بخلافه في الاستظهار ، ولعل قول أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح (٢):
 « ورد اليمين على المدعي مع بينته ، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت في
 القضاء » محمول على نحو الفرض .

وعن المبسوط « وكيف يحلف ؟ قال قوم : يحلف ما اقتضاه

(١) الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ و ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب آداب القاضي - الحديث ١ .

ولا شيئاً منه ، ولا اقتضى له ولا شيء منه ، ولا أجال به ولا بشيء منه ، ولا أبرأه ولا عن شيء منه ، وأن حقه لثابت ، ولا اقتضى له مقتضى بغير أمره فأوصل إليه ، قال : فان ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أجال به لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذي ادعاه عليه ، وإن كانت الدعوى مبهمة فقال : ما له قبلي حق أو قد برئت ذهني من حقه احتاج إلى هذه الألفاظ كلها حتى يأتي بجميع جهات البراءة ، ومن الناس من قال : أي شيء ادعى ، فان المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من ديني فاذا قال هذا أجزأه ، لأنها لفظة تأتي على كل الجهات ، فان الذمة إذا كانت مشغولة بالدين أجزأه أن يقول ما برئت ذمتك من حقي ، وهذا القدر عندنا جائز كافٍ والأول أحوط وأكد ، فأما قوله وإن حتي لثابت فلا خلاف أنه ليس بشرط ، انتهى .

وظاهر أول كلامه الموافقة على الحلف على الاستحقاق من دون دعوى البراءة أو غير ذلك مما لا يتنافى الحكم الأول الذي لم يخالف فيه هو ولا غيره منا ، كما هو واضح .

وفي الثاني الشهادة على العين الذي لم يخالف فيه إلا التبعية والتخعي وشريح وابن أبي ليلى من العامة ، لأن الشهادة فيها على الملك الفعلي كي تصلح معارضة لزيد ، فلا تحتاج إلى يمين ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ في ﴾ الالتزام بالجواب عن دعوى الاقرار تردد منشأه أن الاقرار لا يثبت حقاً في نفس الأمر ﴿ فلا توجب دعواه حقاً لازماً للمدعى عليه ﴾ بل إذا ثبت قضي به ظاهراً ﴿ فينحصر طريقه بالبينة حينئذ ، وأنه ينتفع به مع التصديق به في حق لازم ، فانه إذا أقر بإقراره ثبت الحق .

لكن في القواعد والمسالك ومحكي الايضاح وغاية المرام أن الأقرب

الثاني ، ولعله كذلك لأن المدار على ثبوت الحق ظاهراً ، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق ، أو مع يمين المدعي الذي يجوز له الحلف عليه والأخذ به وإن لم يعلم استحقاقه من غير جهة إقراره الذي له الأخذ به ما لم يعلم كذبه ، لجواز امتناده إلى سبب لا يعلم به ، ولأنه إذا سمعت دعواه بالبينة توجه له اليمين على عدمها ، لعدم قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » .

نعم قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفي ذلك بخصوصه إذا بذل اليمين على براءة ذمته الذي يأتي على ذلك كله ، نحو ما تسمعه في عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أو باعه بثمن في ذمته أو نحو ذلك ، معللين له بإمكان أدائه له والعجز عن إثباته ، فيكني جوابه ببراءة ذمته مما يدعيه عليه ، فإنه يأتي على ذلك كله ، ومثله آت هنا .

ألهم إلا أن يفرق بأن الدعوى في الأول الشغل بسبب في الواقع ، فيكني في جوابه نفي الواقع بخلاف الثاني ، فإن الدعوى فيه بصدور سبب من المدعى عليه يؤخذ به وإن لم يعلم الواقع .

وفيه أن الإقرار كما يؤخذ بظاهره وإن لم يعلم صحته وقد ادعاه على خصمه كذلك البيع عليه مثلاً له الأخذ بظاهره أيضاً ما لم يعلم فساد وقد ادعاه على خصمه ، فكما لا يازم هناك الجواب بنفي البيع ويكفيه الجواب ببراءة الذمة كذلك هنا ، فتأمل .

﴿ ولا تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف ﴾ عن الأسباب في الأملاك المطلقة عيناً كانت أو ديناً بلا خلاف كما عن المبسوط ، بل الإجماع بتسميه عليه ، بل قيل لا مخالف فيه من العامة .

بل ولا ﴿ في النكاح ولا غيره ﴾ من العقود ونحوها عندنا ،

بل الإجماع بقسميه عليه ، خلافاً للمحكي عن الشافعي في وجه له من احتياج النكاح إلى الكشف مطلقاً ، وفي آخر أيضاً ذلك إن ادعى النكاح لا الزوجية ، فيقول : تزوجتها بوليّ وشاهدين هذين ورضاها ، وعن بعض أصحابه حمله على الندب ، وعن آخر تخصيصه بها إذا ادعى ابتداءه لا استدامته وله (وللشافعية خ ل) أيضاً في غيره من العقود أيضاً من الاحتياج إلى الكشف مطلقاً في وجهه ، وفي خصوص ما لو تعلقت بمحاربة في آخر للاحتياط في الفروج ﴿ و ﴾ الكل كما ترى .

نعم ﴿ ربما افتقرت ﴾ صحة الدعوى ﴿ إلى ذلك في دعوى القتل لأن ﴾ أمره شديد و ﴿ فائته لا يستدرك ﴾ وللخلاف في أسبابه قيل : فلا بد من الوصف بالعمد أو خلافه ، وبأنه قتله وحده أو مع غيره بالمباشرة أو التسبب ، ولعله لذا حكي عن المبسوط الاتفاق عليه .

لكن الانصاف عدم خلوه عن الاشكال إن لم يتم الإجماع المزبور باقتضائه بطلان دم المسلم ، خصوصاً مع العذر من نسيان أو اشتباه ونحوهما ، بل قيل : إنه يمكن بحكم الأصل تشخيص أنه خطأ ، ومن هنا قال في الدروس بل والكتاب في القصاص : « الأقرب الاكتفاء في القتل بعدم التفصيل » بل هو ظاهر الأردبيلي ، بل قد يلوح من قول المصنف هنا : « وربما » إلى آخره نوع تأمل في إطلاق الحكم المزبور ، بل ينبغي الجزم بالعدم فيما كان لكايه حكم يترتب عليه ، فلا مانع حيثل من الدعوى به وإثباته لأن يترتب عليه ذلك مع فرض عجزه عن إثبات الخصوصية ، بل ربما ظهر من الأردبيلي سماع دعوى الكلي وإن لم يترتب عليه حكم ، ولكنه مقدمة لإثبات الخصوصية فيما بعد .

وبالجملة لا فرق بين القتل وغيره في ذلك ، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلي في غيره لم تسمع الدعوى به أيضاً ، وإلا سمعت

إن لم يثبت الإجماع المزبور ، ومستسمع إنشاء الله في كتاب القصاص تام الكلام في ذلك ، بل منه يعلم ما في الإجماع المزبور .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ ولو اقتصر ﴾ المرأة ﴿ على قولها : هذا زوجي كفى في ﴾ صحة ﴿ دعوى النكاح ، ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شيء من حقوق الزوجية ، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية ﴿ وللعمامة قول بالاشتراط بناءً على أن ذكرها لمجرد الزوجية لإقرار لا دعوى ، وهو واضح الضعف .

﴿ و ﴾ حيث فـ ﴿ ولو أنكر النكاح لزمه اليمين ، ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول ، وعلى القول الآخر رد اليمين عليها ، فإذا حلفت ثبتت الزوجية ﴿ وعن التحرير « وفي تمكين الزوج منها إشكال ، من إقراره على نفسه بتحريمها ، ومن حكم الحاكم بالزوجية ﴿ وكذا السياق لو كان هو المدعي ﴿ وإن كان لا خلاف هنا في قبول دعواه من دون ضم شيء من لوازم الزوجية ، وقد تقدم في كتاب النكاح (١) بيان حكمها مع الاختلاف ، فلاحظ وتأمل . وإن كان لا إشكال في استحقاقها المهر بالوطء إن قهرها أو قلنا بوجوب التمكين لحكم الحاكم بالزوجية أو اعتقدت ذلك ، وفي عدم استحقاقها لشيء منه بدون الوطء لإقرارها ، وفي كشف اللثام « والظاهر استحقاقها النفقة لحبسها عليه « وفيه نظر .

﴿ ولو ادعى أن هذه بنت أمته لم تسمع دعواه ﴿ كما في القواعد والدروس والارشاد والمسالك والكشف وغيرها ﴿ لاحتمال أن تلد في ملك غيره ثم تصير له ﴿ فلا تقتضي حينئذ الدعوى حقاً لازماً للمدعى عليه . ﴿ وكذا لو قال : ولدتها في ملكي ، لاحتمال أن تكون حرة أو

ملكاً لغيره ﴿ بالشرط ونحوه .

﴿ وكذا لا تسمع البينة بذلك ما لم يصرح بأن البنت ملكه ، وكذا البينة ﴿ لا تسمع ما لم تصرح بذلك لما عرفت ، لكن عن لقطة المبسوط والتذكرة سماع الدعوى والبينة في الثاني ، بل عن الأخير الإجماع عليه ، ولعله لأصالة تبعية المأ للمال حتى يعلم خلافه ، وهو كذلك حيث لا يكون لآخر يد تقضي بالملكية لها وإلا انقطع بها الأصل الزبور ، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك . وكلام الأصحاب هنا في الدعوى على آخر . ومثله لو قال : هذه ثمرة نخلي ﴿ مثلاً .

﴿ وكذا لو أقر له من الثمرة في يده أو بنت المملوكة ﴿ في يده بأنها ثمرة نخلتك وبنت مملوكتك التي ولدتها في ملكك ﴿ لم يحكم عليه بالاقرار لو فسره بما ينافي الملك ﴿ كما في القواعد ، بأن قال : ومع ذلك هي ملكي ، لما عرفت من عدم دلالة ذلك على الاعتراف بكونها ملكاً له ، إذ هو أعم .

لكن في المسالك أن ظاهر المصنف كون ذلك إقراراً بالملك مع عدم إضافة ما ينافي ذلك إليه ، عملاً بالظاهر من كونها تابعين للأصل ، حيث لا معارض . ولو كان هناك شيء لذكره ، فإطلاقه كونها من الأصل الذي هو مملوك للمقر له ظاهر في تبعيتها له بخلاف الدعوى ، فإن شرطها التصريح بالملك له ولو بالاستلزام ولم يحصل ، وتبع المصنف على هذا الحكم العلامة في القواعد والتحرير ، والفرق بين الدعوى والاقرار لا يخلو من إشكال ، لأن الاحتمال قائم على تقدير الاقرار والدعوى ، والعمل بالظاهر في الاقرار دون الدعوى لا دليل عليه ، والفرق باشتراط التصريح فيها دون رجوع إلى نفس الدعوى وفي الارشاد أطلق عدم سماع الدعوى والاقرار معاً ، ولم يعتبر التقييد في الاقرار بتفسيره بما ينافي

الملك وهذا هو الظاهر :

وفيه أنه لا ظهور في عبارتي المصنف والفاضل باعتبار التقييد المزبور وأن المراد عدم الحكم عليه لو فسر له ولو بعد حين بما ينافي الملك بأنه إنكار بعد إقرار ، وليس إلا لعدم ظهور العبارة في ذلك ، وليس المراد عدم الحكم بالاقرار إن فسر له ، بمعنى إضافة ذلك إليه متصلاً وإلا حكم عليه به . وعلى كل حال فالحكم فيه كما عرفت .

ولا كذلك لو قال : هذا الغزل من قطن فلان ﴿ حال كونه ملكاً له ﴾ أو هذا الدقيق من حنطته ﴿ كذلك ﴾ ، فإنه إقرار ، فلو عقبه بما ينافي ذلك كان إنكاراً بعد إقرار ، لأن الغزل والدقيق نفس حقيقة القطن والحنطة ، وإنما تغيرت الأوصاف ، فلك الأصل يقتضي ملك الفرع ، بخلاف الثمرة والولد ، فانهما منفصلان عن أصلها جنساً ووصفاً وشرهاً ، فالإقرار بالفرعية لا تقتضي الإقرار بالملك ، وكذا في المسالك وغيرها ، بل لا أجد فيه خلافاً ، بل هو عندهم من الواضحات .

لكن قد يشكل بأن فرض التداعي يقتضي كونه في بد آخر على جهة الملكية، واعترافه بكونه من حنطته التي هي ملكه لا يقتضي الاعتراف بكونه ملكاً له الآن ، فلو عقبه بقوله : ولكنه الآن ملكي لم يكن منافياً لكلامه السابق ، ضرورة احتمال تجدد الملك له بعد ذلك فيده حينئذ بماله .

ألهم إلا أن يفرض عدم احتمال تجدد ناقل ، وحينئذ يتجه كونه اعترافاً به ، ضرورة اقتضاء ملكية الحنطة ملكية دقيقها وملكية القطن ملكية غزله ، لعدم تصور كون الحنطة ملكاً له وبصيرورتها دقيقةً تخرج من ملكه ، بخلاف الأمة والشجرة ، فإنه لا مانع من كونه مالك الأصل ، والفرع ملك لغيره بشرط أو صلح أو غير ذلك على وجه يخرج من ملكه ويكون ملكاً لغيره ، وهذا المعنى لا يتصور في الحنطة والقطن ونحوهما ،

اللهم إلا أن يفرض بنذر ونحوه على خروج الخنطة عن ملكه بصبر وورثتها
دقيقاً وكذا القطن ، والبحث في صحته ، والله العالم .

﴿ الفصل الثاني في التوصل الى الحق ﴾

الذي هو عقوبة أو مال ، فإن كان الأول كالتقصاص والقتل ،
ففي المسالك وغيرها بل في الكفاية لا أعرف فيه خلافاً لأبد فيه من الرفع
إلى الحاكم لعظم خطره والاحتياط في إثباته ، ولأن استيفاءه وظيفة الحاكم
على ما تقتضيه السياسة وزجر الناس .

وفيه أن إطلاق السلطان للولي وتسلط الناس على استيفاء حقوقها
وغير ذلك يقتضي عدم اعتبار الرفع إلى الحاكم مع فرض معلومية الحال
وإقرار الخصم ، كما أنه يقتضي مباشرته لا خصوص الحاكم .

وإن كان الثاني فـ ﴿ من كانت دعواه عيناً في يد انسان ﴾
معترف بها أو معلوم حالها ﴿ فله انتزاعها ﴾ منه ﴿ ولو قهراً ﴾
بمساعدة ظالم أو بنفسه وإن استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو
نحو ذلك ﴿ ما لم تثر فتنة ﴾ بل وإن ثارت ما لم تفصل إلى حد
وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس والأموال وغيره من الفساد
الذي يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه
ذلك وإن كان مباحاً في نفسه أو مستحباً بل أو واجباً وإن لم يكن الترتيب
ترتيب مسببية أو عليّة ، كما أشار (عليه السلام) إليه بقوله في بيع
الوقف (١) : « إنه ربما حصل من الاختلاف تلف الأنفس والأموال »

(١) الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب الوقوف والصدقات - الحديث ٦ وفيه « فنه ربما جاء

في الاختلاف تلف الأموال والنفس » .

بل ربما اشير إليه بقوله تعالى (١) : « إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » وغير ذلك ، بل قد يستفاد من الأول كون المدار على مظلته بل احتماله احتمالاً معتداً به فضلاً عن العلم ﴿ ولا يفتقر ﴾ انتزاعها في الظاهر والواقع ﴿ على إذن الحاكم ﴾ إذا كانت على الوجه المزبور .

﴿ نعم لو كان الحق ديناً وكان الغريم مقرراً باذلاً لم يستقل المدعي بانتزاعه من ﴾ دونه أو ﴿ دون الحاكم ﴾ لو فرض عذره بمرض ونحوه على وجه يتعذر منه التوكيل بلا خلاف بل ولا إشكال ﴿ لأن للغريم ﴾ نفسه ﴿ تخيراً في جهات القضاء ﴾ لأنه المخاطب ﴿ فلا يتعين الحق في شيء من دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه ﴾ أي امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما ، لأن له الولاية العامة في ذلك ، ولو كان الغريم مقرراً متمتعاً في القواعد « استقل الحاكم بالأخذ دونه » ويمكن دعوى استفادته من المتن أيضاً :

وقد يشكل باطلاق ما تسمعه من الأدلة وغيرها خصوصاً مع القول به في الجاحد الذي ساوى في المسالك بينه وبين الماثل في الحكم ، واعترف الفاضل في القواعد بأن حكمه ما أشار إليه المصنف بقوله : ﴿ ولو كان المدين جاحداً وللغريم بينة تثبت ﴾ حقه ﴿ عند الحاكم والوصول إليه ممكن ففي جواز الأخذ تردد ﴾ وخلاف ﴿ أشبهه ﴾ وفاقاً للأكثر كما في كشف اللثام وغيره ﴿ الجواز » وهو الذي ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط ﴿ ومحكي التهذيب والنهاية ﴾ وعليه دل عموم الاذن في الاختصاص ﴿ كتاباً بقوله تعالى : « فن اعتدى عليكم فاعتدوا » (٢)

(١) سورة الأنفال : ٨ - الآية ٧٣ .

(٢) سورة البقرة : ٢ الآية ١٩٤ .

« والحرمات قصاص » (١) « فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » (٢) وسنة
« لمي الواجد يحل عقوبته وعرضه » (٣) بناءً على إرادة ما يشمل ذلك
من العقوبة، وما يشمل الجحود من اللي ، و « نخذي ما يكفيك وولئك
بالمعروف » (٤) إن لم نقل ذلك إذن منه (صلى الله عليه وآله) .

وخبر جميل بن دراج (٥) « سألت أبا عبد الله (عليه السلام)
عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجحد فيظفر من ماله بقدر الذي
جحده يأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك ؟ قال : نعم » .

وصحيحتي داود بن زرير وابن زربي قال في إحداها (٦) : « قلت
لأبي الحسن موسى (عليه السلام) : إني أخالط السلطان فتكون عندي
الجارية فيأخذونها ، والدابة الفارسة يبعثون فيأخذونها ، ثم يقع لهم عندي
المال فلي أن آخذ ؟ فقال : خذ مثل ذلك ولا تزد عليه » .

وقال في الأخرى (٧) : « قلت لأبي الحسن (عليه السلام) : إني
أعامل قوماً فربما أرسلوا إليّ فأخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بهما مني
ثم يدور لهم المال عندي فأخذ منه بقدر ما أخذوا مني ؟ فقال : خذ
منهم بقدر ما أخذوا منك ، ولا تزد عليه » إن لم يكن ذلك إذنًا منه (ع)

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٩٤ .

(٢) سورة النحل : ١٦ - الآية ١٢٦ .

(٣) راجع التعليقة (١) من ص ١٦٤ .

(٤) سنن الهيثمي ج ١٠ ص ١٤١ .

(٥) (٦) الوسائل - الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به - الحديث ١٠١٠ - من كتاب التجارة .

(٧) أشار إليه في الوسائل - الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به - الحديث ؛ وذكره في

الفتاوى ج ٣ ص ١١٥ - الرقم ١٨٩ .

كما هو الظاهر ، ومثله خبر علي مهزيار (١) .

وصحيح أبي بكر (٢) « قلت له : رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقي ؟ قال : فقال : نعم ، ولكن لهذا كلام ، قلت : وما هو ؟ قال : تقول : اللهم إني لا آخذه ظلماً ولا خيانةً ، وإنما أخذته مكان مالي الذي آخذ مني لم أزد عليه شيئاً » وفي خبر آخر له (٣) « اللهم إنما آخذ هذا مكان مالي الذي آخذ مني » وفي آخر له (٤) « اللهم إني لم آخذ ما أخذت منه خيانةً ولا ظلماً ، لكن أخذته مكان حقي » إلى غير ذلك من النصوص . وما في الأخير من جواز الأخذ بعد الحلف منزلاً على الحلف من دون استخلاف أو عند غير الحاكم أو نحو ذلك حتى لا ينافي غيره من النصوص ، ولا ريب في استحباب القول المزبور وإن أطنب بعض الناس بدهوى الوجوب الذي يمكن تحصيل الإجماع على خلافها .

كل ذلك مع أنه لم نر للقائل بالمنع من شيء يعتد به - وإن ذهب إليه المصنف في النافع ، بل حكى عن تلميذه الآبي في كشفه والقخر في إيضاحه - هذا الأصل المقطوع بما عرفت ، بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى الحاكم ، وعدا دعوى قيام الحاكم مقام المالك ، فمع التمكن لا يجوز بغير إذنه ، وهو كالاكتفاء في مقابلة النص ، ونحو ذلك

(١) الوسائل - الباب - ٨٣ - من ابواب ما يكتسب به - الحديث ٨ من كتاب التجارة من

ابن مهزيار من اسحاق بن ابراهيم ، ومثله إنما هو في الاذن في التقاص ، والا فهو وارد في الوديعة .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٨٣ - من ابواب ما يكتسب به - الحديث ٤ - ٥ من كتاب

التجارة .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ١١٥ - الرقم ٤٨٩ .

من الاعتبارات التي لا تصلح مدركاً للحكم فضلاً عن معارضة الدليل .
هذا كله مع التمكن من الإثبات عند الحاكم .

﴿ ولو لم تكن له بينة أو تعذر الوصول إلى الحاكم ﴾ بل في المسالك « أو أمكن ولم تكن يده مبسوسة بحيث يمكنه تولي القضاء عنه » وإن كان فيه أن الفائدة الاستثنائية منه .

وعلى كل حال ففي تعذر ﴿ ووجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلاً بالاستيفاء ﴾ بلا خلاف فيه عندنا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، لاطلاق الأدلة المزبورة وغيرها .

﴿ نعم لو كان المال وديعة عنده ففي جواز الاقتصاص تردد ﴾ أيضاً وخلاف ﴿ أشبهه الكراهة ﴾ وفاقاً لأكثر المتأخرين ، جمعاً بين ما دل على الجواز من الأدلة السابقة وخصوص صحيح البقاي (١) « إن شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم ، قال أبو العباس : فقلت له : خذها مكان الألف التي أخذ منك فأبى شهاب ، قال : فدخل شهاب على أبي عبد الله (عليه السلام) فذكر ذلك له ، فقال : أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف » .

وخبر علي بن سلمان (٢) قال : « كتب إليه (عليه السلام) رجل غصب رجلاً مالاً أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خاناه أو غصبه أيحل له حبسه عليه أم لا ؟ فكتب (عليه السلام) نعم يحل له ذلك إن كان بقدر حقه ، وإن كان أكثر فأيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي إليه لإنشاء الله » .

وبين ما دل على النهي عن ذلك بسل عن مطلق الأمانة ، لخبر

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٨٢ - من أبواب ما يكتسب به - الحديث ٢ - ٩

من كتاب التجارة .

ابن أخ للفضيل بن يسار (١) قال : « كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم إليها ، فقالت : أسأله ، فقلت : عمّاذا ؟ فقالت : إن ابني مات وترك مالا في يد أخي فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعنيه فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء ؟ فأخبرته بذلك ، فقال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : أدّ الأمانة إلى من ائتمنتك ، ولا تخن من خانك » .

وخبر سلمان بن خالد (٢) « سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقع لي عنده مال فكأبرني عليه وحلف ثم وقع له عندي مال فأخذه لمكان مالي الذي أخذه وأجحدته وأحلف عليه كما صنع ، قال : إن خانك فلا تخنه ، ولا تدخل فيما عبته عليه » .

وصحيح معاوية بن عمار (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قلت له : الرجل يكون لي عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعني مالا ألي أن آخذ مالي عنده ؟ قال : هذه الخيانة » .

بل لعل في قوله (عليه السلام) : « ولا تدخل فيما عبته عليه » إشعار بذلك ، خصوصاً بعد معلومية عدم كون المقاصة خيانة ، بل هي في قوة أداء الأمانة إلى من ائتمنته بعد أن جعله الشارع ولياً له في استيفاء دينه منها ، وليس هو أخذاً بغير حق الذي قد عابه عليه ، كما يومئ إليه الأدعية السابقة ، فراد الامام (عليه السلام) ببيان نوع مرجوحية بسبب كونها صورة الخيانة التي قد تأكد النهي عنها (٤) حتى قال الصادق (ع)

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به - الحديث

٣ - ٧ - ١١ من كتاب التجارة . والثاني عن سليف بن خالد .

(٤) الوسائل - الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجارة والباب

- ٣ - من كتاب الودعة .

في خبر عبد الله بن اسماعيل (١) : « أدّ الأمانة لمن ائتمنتك وأراد منك النصيحة ولو أنه قاتل الحسين (عليه السلام) » وقال (عليه السلام) أيضاً في خبر عمار (٢) : « اعلم أن ضارب علي (عليه السلام) بالسيف وقاتله لو ائتمنتني على سيف واستشارني ثم قبلت ذلك منه لأدبت إليه الأمانة » مضافاً إلى تأكيد الأمر (٣) بأداء الأمانة إلى أهلها .

وعلى كل حال فما عن النهاية والغنية والكيدي والقاضي - من القول بعدم الجواز ، بل عن الغنية الاجماع عليه - واضح الضعف وإن توقف فيه في ظاهر الدروس والروضة ، بل مال إليه الأردبيلي .

وما عساه يقال - : إن الأدلة بعد تعارض الخاصة منها وتساقطها فالعمومات بينها تعارض العموم والخصوص من وجه ولا ترجيح ، والأصل حرمة التصرف في مال الغير وعدم تعيين الكلي في الدمة بتعيين غير المدينون ونحو ذلك - يدفعه أولاً منع عدم رجحان الأدلة الخاصة بعد قيام احتمال الكراهة أو ظهوره في الأدلة المعارضة دونها ، مضافاً إلى اعتضاد عموم المقاصة بأدلة نفي الضرر والضرار والخرج وغير ذلك ، بل قد عرفت أن المقاصة ليست من الخيانة المندرجة في هذه العمومات .

بل لو لا شهرة الكراهة لأمكن المناقشة فيها بظهور قوله (عليه السلام) (٤) : « أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف » في عدمها ، مع احتمال حمل ما دل على النهي عن خيانة من خان على ما لو استحلّفه ،

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الوديعة الحديث ٤ - ٨ والأول من اسماعيل ابن عبد الله .

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من كتاب الوديعة .

(٤) الوسائل - الباب - ٨٢ - من أبواب ما يكتسب به - الحديث ٢ من كتاب التجارة .

فانه لا يجوز حبس المقاتلة، كما أوما إليه في خبر عبد الله وضاح (١) مع اليهودي الذي حلفه ، ثم وقع له عنده أرباح تجارة دراهم كثيرة فسأل أبا الحسن (عليه السلام) عن ذلك فقال له : « إن كان ظلمك فلا تظلمه ، ولولا أنك رضيت يمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك » وهو دليل آخراً أيضاً على جواز المقاصة ، كما هو واضح .

بل من إطلاق الأدلة السابقة وترك الاستفصال في بعضها وخصوص نصوص (٢) الجارية ﴿ و ﴾ الدابة الفارغة يستفاد أنه ﴿ لو كان المال ﴾ الذي له في ذمته ﴿ من غير جنس الموجود ﴾ عنده ﴿ جاز أخذه بالقيمة العدل ، ويسقط اعتبار رضا المالك بالطاظة ﴾ وجحوده بل واستئذان الحاكم أيضاً في الأخذ المزبور وإن كان هو أولى من الأول ﴿ كما يسقط اعتبار رضاه ﴾ واستئذانه ﴿ في ﴾ متحد ﴿ الجنس ﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، نعم عن جماعة من العامة الاقتصار على الجنس ﴿ و ﴾ هو واضح الضعف .

بل مقتضى الإطلاق المزبور أنه ﴿ يجوز أن يتولى ﴾ بنفسه ﴿ بيعها ﴾ أي الوديعة مثلاً ﴿ وقبض دينه من ثمنها ﴾ سواء كان من جنس حقه أم لا ﴿ دفعاً لمشقة التربص بها ﴾ بل يجوز له بيع ثمنها إلى أن ينتهي إلى ما يساوي حقه في الجنس ثم يأخذه مقاصة ، لأن له على المالك ذلك ، وقد أقامه الشارع مقامه في الاستيفاء ، فلا يلزم بالمقاصة من غير الجنس كما عساه يتوهم في بادئ النظر من النصوص ، نعم حيث كان هو الولي في ذلك وجب عليه الجمع بين حقه وحق المالك .

ومن الغريب ما عن الكفاية « ويتخير عند الأصحاب بين أخذه

(١) الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ٨٢ - من أبواب ما يكتب به .

بالقيمة وبين بيعه وصرفه في جنس الحق ، ولا يجوز أن يتولى بيعه وقبض ثمنه من دينه ، مع أن الذي عثرنا عليه من كلمات الأصحاب والمحكي منها كالمبسوط والقواعد والدروس والايضاح وغيرها جواز ذلك له بنفسه ، بل عن الأول أنه الأقوى عندنا كما ستسمع ، وهو كذلك بناء على عدم الرجوع إلى الحاكم في الأصل .

نعم عن المبسوط ، ومن الذي يبيع ؟ فقال بعضهم : الحاكم ، لأن له الولاية عايه ، وقال آخرون : يحضر عند الحاكم ومعه رجل قد واطأه على الاعتراف بالدين والامتناع من الأداء - ثم قال - : والأقوى عندنا أن له البيع بنفسه ، لأنه قد يتعذر إثباته عند الحاكم ، والذي قال الآخرون كذب ينتزه عنه « وظاهره أن الأولين من العامة أو من القائلين بالرجوع إلى الحاكم في أصل المسألة فضلاً عن هذه الخصوصية ، ولكن الأقوى ما عرفت في الأصل .

بل فيما حضرني من نسخة الكفاية منافع للمحكي عنها ، قال : « ويتخير عند الأصحاب بين أخذه بالقيمة وبين بيعه وصرفه في جنس الحق ، ويستقل بالمعاوضة ، ويجوز أن يتولى بيعه وقبض دينه من ثمنه ، فإن تلف قبل البيع ففي الضمان قولان » .

نعم قد يقال بوجوب الاقتصاص في المقاصة على الأخذ من جنس حقه مع الامكان ومن غيره مع عدم الامكان ، لعدم إطلاق في الأدلة يوثق به على الجواز من غير الجنس مطلقاً ، فيقتصر فيما خالف الأصل على المتيقن . فما في الرياض من الميل إلى عدم تعيين ذلك عليه للإطلاق المزبور نصاً وفتوى لا يخلو من نظر .

نعم لا يجب عليه بيع الوديعة بجنس حقه وإن حكي عن بعضهم ، ويمكن حمله على إمكان ذلك من غير ضرر على المالك ، أما مع عدمه

فقد عرفت ظهور النبي في ولايته بالنسبة إلى ذلك ، فينبغي مراعاة المصلحة التي يلحظها الركيل والولي ، فتأمل .

كما أن ظاهر النصوص جواز المقاصة وإن لم يعلم بانتقال العين إلى قيمتها في اللمة بتلف ونحوه ، بل وإن علم العدم ، فلا وجه لقصر الأصحاب عنوان المقاصة على الدين .

بل ظاهرها ملك المقاص العوض الذي يأخذه ، وينبغي أن يلزمه انتقال مقابله إلى ملك الغاصب ، لقاعدة عدم الجمع بين العوض والعوض عنه ، بل قد يشكل استحقاق الردّ عليه لو بذله له بعد ذلك ، بل لعله كذلك لو كان البذل من المالك استصحاباً لملك العوض ، واحتمال كون الملك مترزلاً - نحو ما ذكروه في القيمة التي يدفعها الغاصب للحيلولة - منافي لقاعدة لزوم بعد ظهور النصوص في الملك ، بل يمكن دعواه أيضاً هناك ويجعل ما هنا دليلاً عليه ، فتأمل جيداً .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ ولو تلفت ﴾ العين التي قبضت لارادة المقاصة بشئها بلا تعدٍ ولا تفريط ولو بالتكامل في بيعها ﴿ قبل البيع ﴾ قال الشيخ : الأليق بمذهبنا أنه لا يضمنها ﴿ للأصل ﴾ ولأنها في يده أمانة شرعية أو بحكمها ، وتبعه الشهيدان في المسالك وظاهر غاية المراد والأردبيلي في مجمعه .

﴿ والوجه ﴾ كما في القواعد ومحكي الإيضاح ﴿ الضمان ﴾ ، لأنه قبض لم يأذن فيه المالك ﴿ حتى يكون أمانة مالكية ﴾ ، نعم أذن به الشارع ، ولكن لا منافاة بينه وبين الضمان بعد أن لم يكن في شيء من النصوص الحكم بكونه قبض أمانة فيندرج في ما دل على عدم ضمانها ، كما أنه ليس في شيء من الأدلة الشرعية عنوان للأمانة الشرعية على وجه يكون المقام منها موضوعاً وحكماً ، إذ ليس إلا الاذن في القبض لاستيفاء حقه ، وهو

أعم من الاثمان الذي لا يستعقب الضمان كالاتقاط ونحوه ، وليس كل ما أذن الشارع في قبضه يكون أمانة خصوصاً القبض لمصلحة القابض التي هي استيفاء حقه منها ، بل ذلك من المالك لا يقتضي الاثمان المزبور ، ﴿ و ﴾ حيثند فنبقى قاعدة ضمان مال المسلم المستفادة من عموم و على اليد « (١) وغيره بحالها فـ ﴿ يتقاصان ﴾ حيثند ﴿ بقيمتها مع التلف ﴾ ولو بغير تفريط .

مضافاً إلى أن القبض للمقاصة هو قبض ضمان لا قبض مجان ، بل هو أولى من قبض السرم ، وكونه ولياً بمعنى أن له المقاصة بنفسه لا يقتضي عدم ضمانه نحو باقي الأولياء الذين ليس هو منهم بالمعنى الذي يترتب عليه ذلك .

وبذلك ظهر لك النظر في جملة من الكلمات المبينة على الأصل والاكتفاء بالاذن الشرعية في استيفاء الحق من مال الغير في تحقق الأمانة التي حكمها عدم الضمان ، وقد عرفت ما فيها .

كما أن منه ظهر لك الحال في الزيادة على الحق وأنها على الضمان أيضاً ، فما عن الفاضل في التحرير والقواعد من الحكم بعدم ضمانها مع قوله في الثاني بضمن ما قابل الحق لا يخلو من نظر .

وكذا لا يخلو ما يحكى من صريح بعض وظاهر آخر من عدم الضمان لو أخذه بعنوان المقاصة به ، ولكن لم ينشأها لإرادة معرفة قيمته فانفق تلفه منه أيضاً ، بل لعل هذا بالضمان أولى من الأول ، لما عرفت من القاعدة السابقة التي مقتضاها الضمان قبل البيع وبعده قبل استيفاء (إنشاءخل) المقاصة ، نعم لا ضمان معه ، ضرورة صيرورة المال ملكاً له به وإن لم يعرف قيمته ، لعدم توقف صحة الاستيفاء على اقتران معرفة القيمة ، بل له قبضه

(١) المستدرك - الباب - ١ - من كتاب التصب - الحديث ١ ، وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥ .

بالعنوان المزبور ثم تحسب له قيمة وقته وفاء^١ ، كما لو دفع المالك أعياناً وفاء^٢ : فإنها تحسب قيمتها وقت الدفع ، كما هو محرر في محله .

﴿ مسألان : ﴾

﴿ الأولى : ﴾

﴿ من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له ﴾ به من دون بينة ويمين بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه ، لأصالة صحة قول المسلم وفعله بل كل مدعٍ ولا معارض له .

﴿ ومن بابه أن يكون كيس ﴾ مثلاً ﴿ بين جماعة فيسألون هل هو لكم فيقولون : لا ويقول واحد : هو لي ، فإنه يقضى به لمن ادعاه ﴾ كما رواه منصور بن حازم في الصحيح (١) « قلت للصادق (عليه السلام) : عشرة كانوا جلوساً ووسطهم كيس فيه ألف درهم ، فسأل بعضهم بعضاً ألم هذا الكيس ؟ فقالوا كلهم : لا ، فقال واحد منهم : هو لي ، قال : هو للذي ادعاه » .

بل قد يظهر من الراوي المزبور المقروغية من هذا الأصل عند العقلاء أجمع قال (٢) : « قلت له أيضاً : إن الله أجل وأكرم من أن يعرف بخلقه ، بل الخلق يعرفون بالله ، قال : صدقت ، قلت : إن من عرف له رباً فقد ينبغي له أن يعرف أن لذلك الرب رضاً ومسخطاً وأنه لا يعرف رضاه ومسخطه إلا بوحي أو رسول ، فن لم يأتيه الوحي فقد ينبغي أن يطلب الرسل ، فإذا لقيهم عرف أنهم الحجة - إلى أن قال - : فقلت لهم : من قيم القرآن ؟ فقالوا : ابن مسعود قد كان يعلم ، وعمر يعلم ،

(١) الروث - الباب - ١٧ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الكافي - ج ١ ص ١٦٨ .

وحليفة يعلم ، قلت : كله ، قالوا : لا ، فلم أجد أحداً يقول إنه يعرف ذلك كله إلا علياً (عليه السلام) وإذا كان الشيء بين القوم فقال هذا : لا أدري ، وقال هذا : لا أدري ، وقال هذا : أنا أدري فشهد أن علياً (عليه السلام) كان قيّم القرآن .

بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور في قبول دعوى المدعي ولو بعد قوله : « ليس لي » بناءً على إرادة الحقيقة من قوله : « كلهم » ويمكن أن يكون على القواعد أيضاً ، لأصالة صحة قوله ممّا باحتمال التذكر وغيره ، لعدم المعارض .

وعليه حينئذ يتفرع جواز تمكنه من الزوجة التي أنكر زوجيتها ثم أقر بها ، ولا يمنعه الحاكم عن ذلك ، كما مر في كتاب النكاح .

هذا كله مع عدم اليد أما معها ولو يد غير ملك باعتراف صاحبها فقد يشكل إلزامه بدفعه إليه بمجرد دعواه ، ضرورة تحقق الخطاب معها بإيصاله إلى مالكة الواقعي ، وبمجرد الدعوى ليس طريقاً للفراغ من الشغل كما عرفت ذلك في كتاب اللفظة (١) .

وفي محكي السرائر هنا بعد أن ذكر الصحيح المزبور فقال : وهذا الحديث صحيح ، وليس هذا في من أخذه بمجرد دعواه ، وإنما هو لما لم يثبت له صاحب سواء ، واليد على ضربين : يد مشاهدة ويد حكيمة ، فهذا يدعيه ، لأن كل واحد منهم نفي يده عنه وبقي يد من ادعاه حكيمة ، ولو قال كل واحد من الجماعة في دفعة واحدة أو مفترقاً : هو لي لكان الحكم فيه غير ذلك ، وكذلك لو قبضه واحد في الجماعة ثم ادعاه غيره لم تقبل دعواه بغير بيّنة ، لأن يد المشاهدة عليه لغير من ادعاه ، والخبر الوارد في الجماعة أنه نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يداً ، لا من

طريق الحكم ، ولا من طريق المشاهدة ، ومن ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا فيه دهواه من غير بينة ففقهه ما حررناه ، وأيضاً إنا قال ادعاه من حيث اللفظة ، لأن الدعوى الشرعية من ادعى في يد غيره عيناً أو ديناً ، وهو على طوله لا يخلو من نظر في محصولة ، والتحقيق ما ذكرناه ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿ لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله، وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه ﴾ على الأشهر عند الأصحاب ، كما في الكفاية وإن كنا لم نتحققه حتى من المصنف ، فانه قال بعد ذلك : ﴿ وبه رواية في سندها ضعف ﴾ وظاهره التردد فيه ، نعم قد عمل بها في الارشاد وظاهر المحكي عن النهاية والتذكرة والتحرير .

والأصل في ذلك خبر الشعبي (١) « سألت الصادق (عليه السلام) عن سفينة انكسرت في البحر فاخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق منها ، فقال : أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، الله تعالى أخرجه لهم ، وأما ما أخرج بالغوص فهو لهم ، وهم أحق به . » وهو مع ضعفه وعدم الجابر له محتمل لارادة كون الجميع لأهله ، والتفصيل إنما هو باخراج الله وإخراج الغير ، كما عن بعضهم الجزم به . وحمله في محكي السرائر على اليأس قال : « وجه فقه هذا الحديث أن ما أخرجه البحر فهو لأصحابه ، وما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجدته وبخاص عليه ، لأنه صار بمنزلة المباح ، ومثله من ترك بغيره

(١) البرسائل - الباب - ١١ - من كتاب القطة - الحديث ٢ .

من جهد في غير كلاً ولا ماء ، فهو لمن أخذه ، لأنه بخلافه آيساً منه ورفع يده ، فصار مباحاً ، وليس هذا قياساً ، وإنما هذا على جهة المثال ، والمرجع فيه إلى الإجماع وتواتر النصوص دون القياس والاجتهاد .

قلت : لعل ذلك هو العمدة في تملك المعرض عنه ، مضافاً إلى السيرة في عطب المسافرين ونحوه ، وإلا فن المعلوم توقف زوال الملك على سبب شرعي كتوقف حصوله ، ولا دليل على ارتفاع الملك عن صاحبه بالأعراض على وجه يملكه من أخذه كالمباح .

ومن هنا احتمل جماعة إباحة التصرف في المال المعرض عنه دون الملك ، بل عن ثاني الشهيدين والمقداد الجزم بذلك ، وعن بعض أنه لا يزول الملك بالأعراض إلا في الشيء اليسير كاللحمة وفي التالف كمتاع البحر وفي الذي يملك بغاية قد حصلت كعطب المسافر .

وعن آخر اعتبار كون المعرض عنه في مهلكة ويحتاج الاستيلاء عليه إلى اجتهد كفوص وتفتيش ونحوهما في حصول التملك به .

وربما استظهر من عبارة ابن إدريس المتقدمة اعتبار اليأس زيادة على الأعراض فيه أيضاً ، إلى غير ذلك من كلمانهم التي مرجعها إلى تهجس في ضبط عنوان لذلك ، مع أن السيرة عليه في الجملة ، وليس في النصوص - غير ما عرفت - تعرض له .

فالأولى أن يقال : ما علم لإنشاء إباحة من المالك لكل من يريد أن يملكه كنثار العرس ونحوه يملكه الآخذ بالقبض أو بالتصرف الناقل أو المثلث أو مطلق التصرف على الوجه أو الأقوال المذكورة في المعاطاة بناءً على أنها إباحة ، وكذا ما جرت السيرة والطريقة على تملكه مما قام شاهد الحال بالأعراض عنه ، كعطب المسافرين ونحوه ، أو ما كان كالمباحات الأصلية باندراس المالك كأحجار القرى الدارمة .

وأما المال الذي امتنع على صاحبه تحصيله بسبب من الأسباب كغرق أو حرق ونحوهما فيشكل تملكه بالاستيلاء عليه ، خصوصاً مع العلم بعدم إعراض صاحبه عنه على وجه يقتضي إنشاء إباحة منه لمن أراد تملكه أو رفع يد عن ملكيته ، وإنما هو للعجز عن تحصيله نحو المال الذي يأخذه قطاع الطريق والظلمة ونحوهم .

وأما تملك بعض المال بالالتقاط على التفصيل المذكور في كتاب اللقطة (١) فهو قسم آخر خارج عما نحن فيه ، أي التملك مع العلم بصاحبه ووجوده وإرادة ماله ، لصيرورة الشيء بالامتناع في نفسه كسائر المباحات الأصلية ، والله العالم .

﴿ المقصد الاول ﴾

﴿ في الاختلاف في دعوى الاملاك ﴾

﴿ وفيه مسائل : ﴾

﴿ الاولى : ﴾

﴿ لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بينة قضي بها بينهما نصفين ﴾
بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى المرسل (٢)
« أن رجلين تنازعا دابةً ليس لأحدهما بينة فجعلها النبي (ص) بينهما » .

(١) راجع ج ٢٨ ص ٣٦٩ - ٣٧٧ .

(٢) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٥٥ .

إنما الكلام في احتياج ذلك إلى اليمين من كل منهما وعدمه ، فظاهر المصنف ومحمي الخلاف والفنية والكافي والاصباح الثاني ، بل عن الأولين الإجماع عليه ، وهو الحجة بعد إشعار المرسل المزبور بذلك أو ظهوره .
وقيل ﴿ كما عن الأكثر بل المشهور على ما اعترف به في غاية المرام ، بل في المسالك والكفاية لم ينقل الأكثر فيه خلافاً : ﴿ بخلاف كل منها لصاحبه ﴾ لقاعدة البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، فإن كلاً منها مدعى ومدعى عليه باعتبار قضاء يد كل منهما بالنصف ، فهو بالنسبة إلى ما قضت به يده مدعى عليه وإلى الآخر مدعى ، ولفحوى ما تسمعه من النصوص (١) المشتملة على تحليفها مع البينة فمع عدمها بطريق أولى .

وقد يناقش بعدم اندراجها في القاعدة المزبورة ، إذ الفرض أن يد كل منهما على العين لا نصفها ، ضرورة عدم تعقل كونها على النصف المشاع إلا بكونها على العين أجمع في كل منها ، وحينئذ فلا مدعى ولا مدعى عليه منها ، ضرورة تساويهما في ذلك إلا أن الشارع قد جعل القضاء في ذلك بأن العين بينهما كما سمعته من النووي المرسل (٢) فالنصف هو القضاء بينهما في الدعوى المزبورة التي كان مقتضى يد كل منها الكل .
ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعياً لنصف الآخر ومدعى عليه في نصفه كي يتوجه التحالف ، بل المنهج إلغاء حكم يد كل منهما بالنسبة إلى تحقق كونه مدعى عليه ، ويكون كما لو تداعيا عيناً لا يد لأحد عليهما ولا بينة لكل منهما ، فإن القضاء حينئذ بالحكم بكونها بينهما ، لكون الدعوى كاليد في السبب المزبور المحمول على التنصيف بعد تعذر إعماله في

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم .

(٢) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٥٥ .

الجميع للمعارض الذي هو استحالة اجتماع السببين على مسبب واحد ، إذ لا وجه لاستحقاق كل منها اليمين على الآخر ، ضرورة عدم كونه مدعى عليه بعدم يد له على العين يراد رفعها عنه ، فقول كل منها : هي لي دعوى بلا مدعى عليه ، فلا يمين فيها ، فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع ، أو يقال في الفرض باعتبار ثبوت اليد لكل منها على العين مدعى عليه لو كان مدعى خارج عنها ، وإلا فلا يتصور كونه منها بعد أن كان مع كل منها عنوان المدعى عليه ، لمعلومية التباين بين المدعي والمدعى عليه . ومن هنا كان التحالف إذا كان كل منها مدعي منكر ، بمعنى أنه مدعي لشيء ومنكر لآخر ، كما هو ظاهر في النظر إلى أفراد ذلك ، لا في مثل المقام الذي دعوى كل منها الكل ، والفرض أن اليد لكل منهما ، فلا يكون مدعي فيما هو مدعى عليه فيه .

ألهم إلا أن يقال : إن اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لأحدى البينتين وإن ترتب عليه كون العين للحالف منها بخلاف ما لو حلفا معاً أو لم يحلفا كذلك ، وليس هو يمين إنكار ويمين ردّ حتى يأتي فيه البحث الذي تسمعه من الاكتفاء بيمين واحدة جامعة بين الإثبات والنفي أو يمينين . أو يقال : إن لكل منها إحلاف صاحبه ، بمعنى أن التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه ، ولا يتوقف عليه القضاء بالنصف ، بل كل منها ميزان للقضاء .

وكان هذا هو الذي فهمه الاصبهاني في كشفه من المصنف في النافع ، فإنه بعد أن ذكر القول الأول قال : « ولم يذكر الحلف في الغنية والاصباح ، ونسبه في الشرائع إلى القليل ، ولعل الوجه فيه أنها إن لم يحلف أحدهما صاحبه كان الحكم أيضاً كذلك ، ولذا قال في النافع بعد الحكم بكونها بينهما : ولكل منها إحلاف صاحبه » .

ولكن غيره قد جعله من القائلين بالقول الأول ، ولعله المتساق من مثل هذه العبارة التي عبر بنحوها القائل باعتبار ذلك في انقضاء ، خصوصاً بعد معلومية توقف القضاء عليه أو على البينة ، لقوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « إنا أقضي عليكم بالبينة أو اليمين ، » .

فحمل كلامه حينئذ خاصة على إرادة عدم توقف القضاء بالنصف على التحالف ، بل موكل إلى اختيارهما إن أراداه تحالفاً ، وجرى حكم التحالف والنكول عليه ، وإلا قضى بينهما بالنصف بدونه لا يخلو من نظر . اللهم إلا أن يكون ذلك مراد الجميع بقربة تقديم القضاء بالنصف على الخلاف . ولكن فيه أيضاً أن مشروعية التحالف منها تقتضي تحقق الداعي بينهما ، ولا يكون فصل فيه الذي هو بمعنى القضاء بين المتخاصمين إلا بميزانه من البينة أو اليمين ، وعدم تحليف من له اليمين لا يقتضي صحة القضاء بدونه ، بل أقصاه بقاء العين في يد المدعى عليه بالسبب المقتضي لذلك شرعاً ، وحق الدعوى باق متعلق بها إذا أسقط حقه بناءً على قيام مثل ذلك مقام لإحلافه ، فيحكم الحاكم حينئذ بكونها للمدعي على وجه لا تسمع الدعوى المزبورة فيها ، لأن ذلك هو معنى القضاء ، نعم لو لم يكن ثمّ تداعٍ بينهما مثلاً وقد مانا والعين في أيديهما فهي على النصف بينهما شرعاً من دون قضاء ، لعدم تداعٍ ، وعلى تقديره من الورثة كان له القضاء به عليهم من دون يمين إن لم يدع بعضهم على بعض العلم بالحال ، وإلا توقف القضاء به على اليمين .

بل لعله أيضاً كذلك في الأصيلين إذا ادعى أحدهما على الآخر أن يده من يده أو أنه عالم بكونه مبطلاً وأن العين أجمع لصاحبه وإن لم

(١) الرسائل - الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ وفه « إنا

أقضي بينكم بالبينات والأيمان » .

نقل به في أصل دعوى كل منها العين له ، ضرورة تحقق المدعي والمدعى عليه في تلك دونها ، فتأمل جيداً . وقد تقدم لنا بعض الكلام في المسألة في كتاب الصلح (١) فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

وعلى كل حال فعلى المشهور يبدأ القاضي في الحلف بمن يراه أو بمن تخرجه القرعة ، وفيه أن المتجه - بناءً على كونها دعويين - تقديم الأسبق منها ، ومع الاقتران يقدم من كان على يمين صاحبه .

وكيف كان فإن حلفاً معاً كانت بينهما على النصف ، وإلا فإن حلف الأول ثم نكل الثاني ردت اليمين على الأول ، ولا يكفيه اليمين الأولى ، لأنها كانت على نفي استحقاق صاحبه فيما هو بيده من النصف ، واليمين المردودة على الإثبات ، وهو أن نصف صاحبه له ، نعم لو نكل الأول حلف الآخر يميناً واحدة جامعة بين النفي والإثبات من غير خلاف يعرف فيه بينهم .

ولا يخفى ما فيه من الاشكال إن لم يكن إجماعاً بناءً على الدعويين ، ضرورة اقتضاء تعدد الأسباب تعدد المسببات ، وأعل في ذلك تأييداً لما ذكرناه من عدم كونها دعويين كي يترتب على كل منهما يمين ، بل هي مقالة واحدة من كل منهما ، فيمين كل منهما على أن الجميع له المقتضي عدم شيء منه للآخر كافٍ في اختصاصه بالحق على القول بمدخلة اليمين في ذلك من غير فرق بين الأخير والأول ، فتأمل فإن منه يظهر لك النظر في جملة من الكلمات ، خصوصاً المسالك وأتباعه ، هذا كله إذا كانت يدهما عليها .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو كانت يد أحدهما ﴾ خاصة ﴿ عليها قضي بها للمتثبت مع يمينه إن التمسه الخصم ﴾ المستحق لها عليه بلا خلاف

ولا إشكال ، إذ هو أظهر أفراد قاعدة « البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه » التي لا يخفى عليك ذكر أحكامها من القضاء بالنكول أو مع ردة اليمين وغيره .

﴿ ولو كانت ﴾ في يد ثالث و﴿ يدهما ﴾ معاً ﴿ خارجة ﴾ عنها ﴿ فإن صدق من هي في يده أحدهما أحلف وقضى له ﴾ لأنه صار بالاقرار له ، كذي اليد في قيام الشاهد فعلاً على ملكه ، فيكون الثاني بالنسبة إليه مدعياً ، وهو مدعى عليه

وقد يناقش بعدم اقتضاء ذلك صدق كونه مدعى عليه عرفاً في تلك الدعوى المتعلقة أولاً بمن في يده المال ، نعم له استئناف دعوى جديدة نحو استئنافها لو انتزعها منه يمين مردودة مثلاً أو بشاهد ويمين ، وتدفع تبعية الدعوى بها لها في يد من كانت .

وفيه أن الكلام في المدعى عليه بينها لا بها ، ولا ريب في عدم كونه مدعى عليه قبل تصديقه الذي قد يفرض تأخيرها عن دعوى الأول فتأمل . وله اليمين على المصدق أيضاً ، لفائدة الغرم مع النكول لا العين ، وفي القواعد « ولو كانت في يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منها » أي الثالث ومن يصدقه كما في كشف اللثام ، وفيه أن يمين المصدق لا دخل له في الحكم بها لمن صدقه ، ويمكن تعلق « منها » بقوله : « يصدقه » فيكون المراد بعد اليمين من المقر له ، وحينئذ تكون كعبارة المصنف ، لكنه خلاف الظاهر .

هذا وفي كشف اللثام أيضاً وغيره « والمصدق يحلف للآخر إن ادعى علمه بملكه » وفيه أن الظاهر توجه اليمين عليه على البت ، لأنه مدعى عليه .

ألهم إلا أن يقال : إنه باقراره بها لأحدهما انصرفت تلك الدعوى

عنه لتبعتها للعين ، فيمين البت حينئذ على من صارت له ، نعم تبقى عليه دعوى العلم لارادة الغرم .

وفيه أيضاً أن الدعوى قد تعلقت به والعين في يده على وجه استحق عليه اليمين على البت ، لكن مستمع من المصنف وغيره المفروغية من انصراف الخصومة بالاقرار بالعين لمعين ، وليس المراد إلا انصراف تلك الدعوى وإن بقيت دعوى العلم للغرامة مع احتمال إرادة انصرافها بالنسبة إلى انتزاع العين وإن بقيت الدعوى بها للغرامة ، لكنه في غاية البعد ، ومستمع إنشاء الله زيادة لذلك في المسألة الثالثة .

﴿ وإن قال : هي لما قضي بها بينها نصفين وأحلف كل منهما لصاحبه ﴾ بناءً على استحقاق اليمين ، وكذا إن نكلا ، وإن نكل أحدهما كان الكل للآخر ، وفي كشف اللثام « وغرم الثالث النصف إن سلم إلى الناكل واعى الحالف عليه العلم فأحافه فنكل ، وهو لا يخلو من إشكال لوصل حقه تماماً إليه .

اللهم إلا أن يقال : إنه وصل إليه باليمين المردودة ، فهو كما لو وصل إليه بعوض لا يدفع الدعوى على من في يده ، مع أنه لا يخلو من نظر ، ضرورة الفرق بين الفرض وبين العوض الذي هو غرامة ، نعم قد يشهد له أنه لو فرض سبق الدعوى على المصدق فنكل وحلف المدعي وغرم له ثم تداعيا بينهما فنكل أحدهما وحلف الآخر الذي قد غرم المصدق فانتزع العين من صاحبه فإن المتجه حينئذ إرجاع الغرامة التي أخذها ، لوصل العين إليه ، وليس له أزيد منها ، مع أن الأصحاب قد أطلقوا الحكم في الدعويين ، ولم يشر أحد منهم إلى ترتيب بينهما ، أو إلى رد ما اقتضاه أحدهما بعد انتزاع العين في الأخرى ، اللهم إلا أن يكون أوكلوا ذلك إلى ما تقتضيه القواعد ، وهو ما عرفت ، وقد صرح به في المسالك

ج ٤٠ (حكم ما لو تنازعا عينا في بد ثالث أنكر كونهما لها) - ٤٠٩ -

في المسألة الثالثة من المقصد الأول في الاختلاف في الأمل فتأمل جيدا .
وعلى كل حال فقد عرفت أن لما على المصدق اليمين إن ادعى عليه أو أحدهما العلم أو مطاقتا ، فإن حلف المدعي وغرم له النصف ، فإن حلفا غرم لما الكل .

ولو دفعها **✽** بأن قال : ليست لكما **✽** أقرت في يده **✽**
بعد اليمين لما ، فإن نكل فكما لا يد لأحد عليه ، فإن قلنا بالتحالف فيه فإن حلفا أو نكلا اقتساما ، وإن حلف أحدهما خاصة كان له .

ولو قال : ليست لي أو لا أعرف صاحبها أو هي لأحدكما ولا أعرف عينه ففي القواعد قرع بينهما ، لتساويهما في الدعوى وعدم البينة ، وفي التحرير وكشف اللثام « فن خرجت باسمه حلف وكانت له ، فإن نكل حلف الآخر ، وإن نكلا قسمت بينهما - ثم قل - : والوجه عندي التحالف وفاقا للتذكرة ، فإن حلفا أو نكلا كانت بينهما ، وإلا فللحالف . قلت : لا وجه للقرعة بعد ظهور الأدلة في التنصيف مع التساوي في السبب المقتضي للملك ، والكلام في اعتبار التحالف وعدمه في القضاء بذلك ما عرفت ، وحيث فلا إشكال ولا اشتباه حتى يحتاج إلى القرعة . ثم إنه على القول بها لا حاجة حيثئذ إلى اليمين ، ضرورة كونها هي ميزان القضاء للدعوى المزبورة ، واحتمال أنها تجمل من يخرج اسمه بها كصاحب اليد يقتضي عدم القسمة بينهما مع فرض النكول منها ، ضرورة أن النكول عن اليمين المردودة بوجوب عدم الحق للناكل وانحصاره في الراد . ثم إن القرعة مع قوله ليست لي أو لا أعرف صاحبها في غير محله ، لعدم ما يقتضي انحصار الحق فيها كي يستخرج بالقرعة ، ولعله لذا اقتصر ثاني الشهيدين في احتمالها على صورة إقراره لأحدهما ، والتحقق ما عرفت من عدم اعتبار القرعة هنا ، بل يقضى فيها بالتنصيف بينهما مع التحالف أو بدونه على القولين السابقين ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿ يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد ، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو ، أو يشهدا أنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوة ﴾ ، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت ﴿ ونحو ذلك ، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك ، كما إذا شهدت إحدى البيتين بملك أحدهما أمس والأخرى بملك الآخر اليوم ، عمل بالثانية ، لا مكان صدقهما معاً .

﴿ و ﴾ من المعلوم أنه ﴿ مهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق ، فإن ﴾ لم يمكن بأن ﴿ يتحقق التعارض ﴾ بينهما على وجه يقتضي صدق كل منهما تكذيب الأخرى ، كما لو شهدت إحداها أن هذه العين ملك زيد الآن والأخرى تشهد أنها ملك عمرو الآن ﴿ ف ﴾ لا يخلو الحال عن أحد أمور ثلاثة أو أربعة ، لأنه ﴿ إما أن تكون العين في يدهما أو ﴾ في يد أحدهما أو في يد ثالث ﴿ أو لا يد لأحد عليهما ﴾ ففي الأول يقتضي بها بينهما نصفين ﴿ من دون إقراع ولا ملاحظة ترجيح بأعدلية أو أكثرية بلا خلاف أجده بين من تأخر عن القدمين الحسن وأبي علي ، بل صرح غير واحد منهم بعدم الالتفات إلى المرجحات الآتية في غير هذه الصورة . وفي المسالك لا إشكال في الحكم بها بينهما نصفين ، لكن اختلف في سببه ، فقيل : لتساقط البيتين بسبب التساوي ، فبقى الحكم كما لو لم تكن بينة ، وقيل : لأن مع كل منهما مرجحاً باليد على نصفها فقدمت بينته على ما في يده ، وقيل : ﴿ لأن يد كل واحد على النصف ، وقد

أقام الآخر بيته عليه (فيقضى له بما في يد غريمه) بناءً على تقديم بيته الخارج ، فكل منها قد اعتبرت فيما لا تعتبر فيه الأخرى ، ولذا لم يلحظ ترجيح بالعدد والعدالة ، وهذا هو الأشهر ، وتظهر الفائدة حينئذ في اليمين على من قضى له ، فعلى الأول يلزم لكل منها ، وعلى الآخرين لا يمين ، لترجيح كل من البيتين باليد على أولها ، فنعمل بالراجع ، ولأن البينة ناهضة بآبآت الحق على الثاني ، فلا يمين معها .

قلت : لكن في التحرير بعد أن ذكر تعاليل التنصيف بما سمعت مصرحاً بكونه من تقديم بيته الخارج قال : « وهل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين ؟ الأقوى عندي الأول مع احتمال الثاني » .

وفي التنقيح بعد أن ذكر التنصيف وجعل منشأ دائرأبين الأخيرين ، وأنه على أولها يقضى لكل منها بما في يده ، وعلى ثانيها يقضى له بما في يد غريمه قال : « يكون لكل منهما اليمين على صاحبه ، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للمحالف » . وعن مهذب أبي العباس التصريح باليمين بناءً على كون المنشأ دخولها ، ولعل ذلك منه خلافاً في أصل المسألة ، وهو أن تقديم بيته الداخل بمعنى إسقاطها بيته الخارج ، لا أنها حجة ، فيرجع الحاصل - كما لو لم تكن بيته - على المنكر منها اليمين ، وهو الذي قواه في المختلف بعد أن حكى القولين في ذلك ، بل هو قوي في نفسه ، لاشتغال دليل تقديم بيته الداخل على اليمين كما ستعرف .

كما أن القول باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بيته الخارج لعله لخبر إسحاق بن عمار (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « إن رجلين

اختصما إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما البيّنة أنها نتجت عنده ، فأحلفها علي (عليه السلام) فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف ، فقل له : فأولم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيّنة ، فقال : أحلفها ، فأبىها حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين ، قيل : فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيّنة ، قال : أقضى بها للحالف الذي هو في يده .

بل ربما كان هو دليل التحالف على القول الأول وإن لم نقل به في غيره ، إلا أنه خبر واحد ، وفي سنده ما فيه ، والمشهور نقلاً وتحصيلاً على خلافه ، فلا يصلح مقيداً لما دل مما تسمعه من النصوص (١) وغيره على التنصيف بدونه ، وكان ذلك هو العمدة في القول به ، ضرورة أنه لو كان منشأه عند المصنف ما ذكره كان المتجه عنده التحالف مع عدم البيّنة ، وقد عرفت عدمه عنده ، بل كان ينبغي ملاحظة ما تسمعه منه من التفصيل في تقديم بيّنة الخارج على بيّنة الداخل ، فن ذلك وغيره يعلم أن ذلك ليس منشأ حقيقة وإن ذكره تقريباً للمقصود .

ويؤيده أيضاً ما قدمناه سابقاً من أن يد كل منهما على الكل لا النصف ، بل الظاهر عدم اندراج بيّنة كل منهما تحت ما دل على تقديم بيّنة المدعي ، لما تقدم من أن في كل منهما عنوان المدعي عليه باعتبار اليد ، على أن العمل بنصف ما يشهد به بيّنة كل منهما ليس عملاً بيّنة خارج ، ضرورة كون المشهود به الجميع فتأمل ، فليس هذا منهم إلا تأييداً لما قلناه سابقاً من استفادة القضاء في ذلك بالنصف ، فيكون حينئذ ذلك ميزاناً من موازين القضاء من غير حاجة إلى تحالف .

(١) الرسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم .

وبدل عليه - مضافاً إلى ما أسلفناه في كتاب الصنع (١) من خبر الدرهمين (٢) وقاعدة توارد السببين الممكن لإعمالهما معاً على مسبب واحد نحو المنسابين على حيازة مباح - إطلاق خبر نعيم بن طرفة (٣) وإن رجلين ادعيا بغيراً فأقام كل واحد منهما بيته ، فجعله أمير المؤمنين (عليه السلام) بينهما ، لكن في بعض النسخ « عرفاً بغيراً » وحيث أنه يكون ظاهراً في غير المقام ، بل قد يقال بظهور « ادعيا » في ذلك لا تدعيا في ما بينها .

وإطلاق قوله (عليه السلام) في الخبر الآتي (٤) : « لو لم تكن في يد أحدهما جعلتها بينهما نصفين » مضافاً إلى إطلاق النبوي (٥) السابق وغيره . بل هو كاد يكون صريح المرسل (٦) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أيضاً وفي البيتين تحتلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بيته كل واحد منهما وليس في أيديهما ، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان ، وإن كان في يد أحدهما فالبيته فيه على المدعي واليمين على المدعى عليه .

وحيث أنه عن ظاهر ابن أبي عقيل - من اعتبار القرعة التي هي لكل أمر مشكل في خصوص ما نحن فيه لأن التصنيف تكذيب للبيتين - كأنه اجتهد في مقابلة النص ، على أن نصوص القرعة (٧) في المقام مع عدم

(١) راجع ج ٢٦ ص ٢٢٣ .

(٢) الوسائل - الباب - ٩ - من كذب الصلح - الحديث ١ .

(٣) و (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٤ - ٣ .

(٥) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ٢٥٥ .

(٦) المستدرک - الباب - ١٠ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٧) الوسائل - الباب - ١٢ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٥ و ٦ و ٧ .

التصريح في شيء منها بخصوص الفرض لاستخراج من يكون عليه اليمين، وهو خلاف ظاهر المحكي عنه من التحويل عليها بدونه .

وكذا ما عن ابن الجنيّد من أنّه مع تساوي البيّتين تعرض اليمين على المدعيّين ، فإن حلف أحدهما استحق الجميع ، وإن حلفا اقتسماها ، ومع اختلافهما بقرع ، فن أخرجته القرعة حلف وأخذ العين ، فانه كما ترى لا دليل عليه ، بل ظاهر الأدلة السابقة خلافه .

هذا وفي الرياض بعد أن نسب المختار - الذي هو التخصيف تساوت البيّتان عدداً وعدالة وإطلاقاً وتقييداً أو اختلفت - إلى الأشهر ، بل عامة من تأخر إلا نادراً ، قال : « خلافاً للمذهب ، وبه قال جماعة من القدماء ، فخصوا ذلك بما إذا تساويا في الأمور المتقدمة كلها ، وحكموا مع الاختلاف فيها لأرجحها ، واختلفوا في بيان المرجح لها ، فمن المقيّد اعتبار الأعدلية خاصة هنا وإن اعتبر الأكثرية في غيرها ، وعن الاسكافي اعتبار الأكثرية خاصة ، وفي المذهب اعتبارهما مرتباً بينهما الأعدلية فالأكثرية ، وعن ابن حمزة في اعتباره التقييد أيضاً مردداً بين الثلاثة غير مرتب بينهما ، وعن الديلمي اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له أصلاً » .

ولم أعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره ؛ والذي عثرت عليه في المقنعة في المسألة أجمع « وإذا تنازع نفسان في شيء وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه بشاهدين عدلين ولا ترجيح لبعضهم على بعض بالعدالة حكم لكل واحد من النفسين بنصف الشيء ، وكان بينهما جميعاً نصفين ، وإن رجح بعضهم على بعض في العدالة حكم لأعدلهما شهوداً وإن كان الشيء في يد أحدهما واستوى شهودهما في العدالة حكم للخارج اليد منه ونزعت يد المتشبه به منه ، وإن كان لأحدهما شهود أكثر عدداً من شهود صاحبه مع تساويهم في العدالة حكم لأكثرهما شهوداً

مع يمينه بالله عز وجل على دعواه ، وليس فيها ما نحن فيه بالخصوص .
والذي عثرت عليه في النهاية أيضاً في المـألة ، ومن شهد عنده
شاهدان عدلان على أن هذا لزيد وجاء آخران يشهدان أن ذلك الحق
لعمر ، فإن كانت أيديهما خارجة منه فينبغي أن يحكم لأحدهما شهوداً ، فإن
تساويا في العدالة كان الحكم لأكثرهما شهوداً مع يمينه بأن له الحق ، فإن
تساويا في العدد أقرع بينهم ، فمن خرج عليه حلف وكان الحكم له ، فإن
امتنع من خرج اسمه في القرعة عن اليمين حلف الآخر ، وكان الحكم
له ، فإن امتنعا جميعاً من اليمين كان الحق بينهما نصفين ، ومتى كان مع
واحد منهما يد متصرفه فإن كانت البيعة تشهد أن الحق ملك له فقط وتشهد
الأخرى بالملك أيضاً انتزع الحق من اليد المتصرفه ، وأعطى اليد الخارجة ،
وإن شهدت البيعة لليد المتصرفه بسبب الملك من بيع أو هبة أو معاوضة
كانت أولى من اليد الخارجة ، ولم يمرض أيضاً فيها بالخصوص ، ونحن فيه .
وأما ابن حمزة فقد ذكر في خصوص ما نحن فيه أنه إن تساوى
البيتان كان المدعى به بينهما نصفين ، وإن اختلفا لم يغل من ثلاثة أوجه : إما
أن تكون إحداها مطلقة والأخرى مقيدة ، والحكم للمقيدة ، أو تكون
إحداها عادلة والأخرى غير عادلة ، والحكم للعادلة ، أو تكون إحداها
أكثر مع التساوي في العدالة ، والحكم لأكثرهما عدداً .

وعلى كل حال لا أعرف دليلاً يعند به على شيء منها على وجه
يصلح لمعارضة ما عرفت .

وما عساه يتخيل - من الدليل عاينها في الجملة من كون الشهادة
كالأخبار المتعارضة التي يرجع فيها إلى الترجيح بغير المنصوص فضلاً
عنه - واضح الفساد ، ضرورة وضوح الفرق بينهما بأن مبنى حجية الخبر
خصوصاً في مقام الترجيح على قوة الظن بخلاف الشهادة المعلوم عدم

اعتبار ذلك فيها ، بل الترجيح فيها مقصور على مقام خاص منها بمرجع خاص للدليل الخاص ؛ بل لو رجح إحدى البيئتين على الأخرى بشهادة جملة من الفساق على مضمون إحداها لكان من منكرات الفقه .

وأما الاستدلال على بعضها باطلاق بعض النصوص ففيه أنه يجب الخروج عنه بالأدلة السابقة المتعضدة بما سمعت ، فلا محيص حينئذ عن القول بالتنصيف من دون ملاحظة شيء من هذه المرجحات ، نعم في اعتبار التحالف وعدمه ما عرفته سابقاً حال عدم البيئة ، بل لعل القول بعدمه هنا أولى على بعض الوجوه المتقدمة . هذا كله في القسم الأول .

﴿ و ﴾ أما الكلام ﴿ في الثاني ﴾ الذي هو أن تكون العين في يد أحدهما فالمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة أنه ﴿ يقضي بها للخارج دون المتشبه ان شهدتا لهما بالملك المطلق ﴾ مع التساوي في العدد والعدالة وعدمه ، بل عن الخلاف والغنية والسرائر وظاهر المبسوط الإجماع عليه ، بل عن الأول والأخير نسبته إلى أخبار الفرق ، وهو الحجة بعد المرسل السابق عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (١) المنجبر بما سمعت ، والتعليل في خبر منصور (٢) عن الصادق (عليه السلام) « قلت له : رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاها وأقام البيئة العدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب وجاء الذي في يده بالبيئة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب ، قال أبو عبد الله (عليه السلام) : حقها للمدعي ، ولا أقبل من الذي هي في يده بيئة ، لأن الله عز وجل أمر أن تطلب البيئة من المدعي ، فإن كانت له بيئة وإلا فيمين الذي هو في يده ، هكذا أمر الله عز وجل » .

(١) المستدرك - الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١٤ .

ومنه يظهر وجه الاستدلال أيضاً بالخبر المشهور (١) وهو «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» بناءً على أن المراد منه عدم قبول بيينة للمنكر، وأن ذلك مختص بالمدعي، وإن كان دلالة على ذلك مع قطع النظر عن الخبر المزبور لا تخلو من نظر، ضرورة عدم دلالة على أزيد من استحقاق المدعي على المنكر اليمين دون البينة بخلاف المنكر، فإن له على المدعي البينة، وهو غير قبول البينة من المنكر ولو في الجملة، المستفاد مما تسمعه من نصوص (٢) الباب وفتاوى الأصحاب.

مضافاً إلى عموم ما دل على حجية شهادة العدلين كتاباً (٣) وسنة (٤) ولا معارض لذلك كله إلا خبر منصور (٥) المزبور الذي في سنده ما فيه، وموافق لصريح المنقول عن ابن حنبل، ولعل ذلك لا يخلو من قوة وإن قلنا في خصوص الفرض بعدم النظر إليها في مقابلة بيينة المدعي وإن جمعت المرجحات أجمع للإجماعات المحكية وغيرها.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ - فيه قول آخر ذكره في الخلاف وهو تقديم بيينة الداخل، لكنه ﴿ بعيد ﴿ لما عرفت، بل لم نتحققه قولاً له، وذلك لأن المحكي عنه في البيع في مسألة العبد الذي يد أحدهما عليه «أن البينة بيينة الخارج وإن شهدنا بالسبب» وفي كتاب الدعاوى «إذا ادعيا ملكاً مطلقاً ويد أحدهما عليه كانت بيئته أولى، وكذلك إن أضافاه إلى

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٥ - والباب - ٢٥ -

منها - الحديث ٣ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم .

(٣) سورة الطلاق : ٦٥ - الآية ٢ .

(٤) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب كيفية الحكم .

(٥) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١٤ .

سبب ، وإن ادعى الملك مطلقاً والخارج أضافه إلى سبب كانت بينة الخارج أولى ، وبه قال الشافعي ، وقال أصحاب الشافعي : إذا تنازعا عيناً يد أحدهما عليها وأقام كل واحد منهما بينة سمعنا بينة كل واحد منهما ، وقضينا لصاحب اليد ، سواء تنازعا ملكاً مطلقاً أو ما يتكرر ، فالمطلق كل ملك لم يذكر أحدهما سببه ، وما يتكرر كآنية الذهب والصفير والحديد ، يقول كل واحد : صيغ في ملكي ، وهذا يمكن أن يصاغ في ملك كل واحد منهما ، وكذلك ما يمكن نسجه كالصوف والخز ، وما لا يتكرر سببه مثل ثوب قطن وبريسم ، فإنه لا يمكن أن ينسج دفعتين ، وكذلك النتائج لا يمكن أن تولد الدابة دفعتين وكل واحد منهما يقول : ملكي نتج في ملكي ، وبه قال شريح والنخعي ومالك والشافعي ، وهل يحلف مع البينة : على قولين - إلى أن قال - : وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن كان التداعي ملكاً مطلقاً أو ما يتكرر سببه لم تسمع البينة من المدعى عليه ، وهو صاحب اليد وإن كان ملكاً لا يتكرر سببه سمعنا بينة الداخل ، وهذا هو الذي يقتضيه مذهبنا ، وقد ذكرناه في النهاية والمبسوط وكتابي الأخبار ، وقال : أحمد لا تسمع بينة صاحب اليد بحال في أي مكان كان ، وروى ذلك أصحابنا - إلى أن قال - : ويدل على مذهبنا إجماع الفرقة وأخبارهم ، والخبر المشهور (١) عن النبي (صلى الله عليه وآله) « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ويدل على الأول ما رواه جابر (٢) وما رواه غياث (٣) أي المشتملان على تقديم بينة ذي اليد مع ذكر السبب ، وهو النتائج في كل منها .

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٥ .

(٢) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ٢٥٦ .

(٣) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٣ .

والظاهر أن ما ذكره أولاً ليس مذهباً له ، بل مذهبه الأخير الذي استدل عليه بما عرفت ، نعم في كشف اللثام نسبة الخلاف في المقام إلى المبسوط والوسيلة فقد ما بينة الداخل لتأييد البينة باليد ، ولما سيأتي من أدلة التقديم مع شهادتها بالسبب بناءً على مساواة الإطلاق له أو أوايته منه ، وهل يستحلف مع ذلك ؟ فعن الشيخ لا ، بناءً على استعمال بيته ، والأقوى نعم ، للنص الكاشف أن بيته دفعت بيته المدعي بعد فرض عموم الدليل على حجية الجميع ، فيبقى حينئذ استحقاق المدعى عليه اليمن على منتضى إطلاق دليله .

وإلى الصدوقين والمفيد لحكمهم بترجيح بيته الخارج بعد التساوي عدالة ، وزاد المفيد وعدداً ، خبر أبي بصير (١) سأل الصادق (عليه السلام) : عن رجل يأتي القوم فيدعي داراً في أيديهم ويقم الذي في يديه الدار البينة أنه ورثها عن أبيه ولا يدري كيف كان أمرها ، فقال : أكثرهم بينةً يستحلف وتدفع إليه ، وذكر أن علياً (عليه السلام) أنه قوم يختصمون في بقة فقامت البينة لهؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا وأقام هؤلاء البينة أنهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا ، ففضى بها لأكثرهم بينةً واستحلفهم ، قال : فسألته حينئذ فقلت : أرايت إن كان الذي ادعى الدار قال : إن أبي هذا الذي هو فيها أدخلها بغير ثمن ، ولم يقم الذي هو فيها بينة إلا أنه ورثها عن أبيه ، قال : إذا كان أمرها هكذا فهي للذي ادعاه وأقام البينة عليها .

قال الصدوق : و لو قال الذي في يده الدار : إنها لي وهي ملكي وأقام على ذلك بينةً وأقام المدعي على دعواه بينةً كان الحق أن يحكم بها للمدعي ، لأن الله تعالى إنا أوجب البينة على المدعي ولم يوجبها على المدعى

عليه ، ولكن هذا المدعى عليه ذكر أنه ورثها من أبيه ، ولا يدري كيف أمرها ، ولهذا أوجب الحكم باستحلاف أكثرهم بينة ودفع الدار إليه .
ولعل التأمل في كلامه هذا يقتضي موافقته على تقديم بينة الخارج في المقام ، نعم يستحلف أكثرهم بينة مع تقييد بينة الداخل ، وحينئذ فنقل خلاف ذلك عنه لا يخلو من إشكال .

وعلى كل حال فلا يخفى عليك أخصية الدليل من الدعوى ، لعدم تعرض للأعدلية فيها ، بل خروجه عنها ، ضرورة ذكر السبب في بينة المنكر والاطلاق في بينة المدعي ، بل لا يخلو ذيله من منافاة لصدوره ، إلا أن يفرض الأول على جهة (وجه خل) التعارض ، والثاني على عدمه .
والى أبي علي فرجّح ذا اليد مع تساوي البيتين ، وحكم باحلافها ، قال : « فان حلفا جميعاً أو أيّاً أو حلف الذي في يده كان محكوماً للذي هي في يده بها ، فان حلف الذي ليست في يده وأبى الذي في يده أن يحلف حكم بها للحالف - قال - : ولو اختلف أعداد الشهود وكان الذي هي في يده أكثر شهوداً كان أولى باليمين إن بلطاً ، فان حلف حكم له بها ، ولو كان الأكثر شهوداً الذي ليست في يده فحلف وأبى الذي هي في يده أن يحلف أخرجت ممن كانت في يده وسلمت إلى الحالف مع شهوده الأكثر من شهود من كانت في يده » .

وهو كما ترى وإن قال في كشف اللثام : « لعله جمع بين نصوص تقديم ذي اليد وما أطلق من النصوص بتقديم الأرجح من البيتين » .
﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو شهدتا بالسبب قبل ﴾ والقاتل الشيخ في ظاهر النهاية والمحكي عن كتابي الأخبار : ﴿ يقضي لصاحب اليد ﴾ وإن أطلق في الأولى تقديم بينته إذا شهدت بالسبب وخصها في الأخيرين بما إذا شهدتا به ﴿ لقضاء علي ﴾ (عليه السلام) في الدابة ﴿

في ما رواه إسحاق (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما البيعة أنها نتجت عنده ، فأحلفهما علي (عليه السلام) فحلف أحدهما وأبي الآخر أن يحلف ، ففضى بها للحالف ، فقيل : فلو لم يكن في يد واحد منهما وأقاما البيعة ، قال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين ، قيل : فان كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً بيعةً ، قال : أقضى بها للحالف الذي هي في يده » .

وخبر غياث (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «إن أمير المؤمنين (عليه السلام) اختصم إليه رجلان في دابة كلاهما أقاما البيعة أنه أنتجها ففضى بها للذي هي في يده وقال : لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين » .
 مؤيداً ذلك بما رواه العامة عن جابر بن عبد الله الأنصاري (٣) «إن رجلين تداعيا دابةً وأقام كل منهما بيعةً أنها دابته أنتجها ففضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) للذي في يده » :

﴿ وقيل ﴾ والقاتل المشهور على ما حكى بل عن الفقيه الاجماع عليه : ﴿ يفضى للخارج له ﴾ سالدلة التي سمعتها سابقاً التي منها خبر منصور (٤) السابق المشتمل مع ذلك على ﴿ أنه لا بيعة على ذي اليد كما لا يمين على المدعي ، عملاً بقوله (صلى الله عليه وآله) (٥) : « واليمين على من أنكر » والتفصيل قاطع للشركة ﴾ وإن كان فيه ما فيه . ومنه يعلم ما في قوله : ﴿ وهو أولى ﴾ لما عرفت ، ولكن عليه

(١) و (٢) و (٤) الوسائل - الباب - ١٢ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٢ - ٣ - ١٤ .

(٣) سنن البيهقي - ج ١٠ ص ٢٥٦ .

(٥) الوسائل - الباب - ٢٥ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٣ .

لا إشكال في تقديمها مع فرض تقييد بينة الخارج وإطلاق بينة الداخل، وهي الصورة الثالثة التي تركها المصنف اعتماداً على ظهور حكمها بالأولوية القطعية على التقدير المزبور وإن كان الذي يقوى خلافه للخبرين (١) المؤيدين بخبر جابر (٢) وبمادل على حجية شهادة المدلين ولو من المنكر، حتى نصوص المقام، ومقتضاها حينئذ دفع حجة المدعي الذي لم يعلم تقدّمها عليها، فيبقى حق اليمين على المنكر بحاله الذي مقتضى دليبه استحقاقه ولو كان مع المنكر بينة، خلافاً للمحكي عن الشيخ فأسقط اليمين عنه ترجيحاً لبينته بالبد على بينة الخارج، فكما لا يحلف الخارج لا يحلف الداخل، وهو مبني على عدم تساقط اليمينتين، بل على استعمالهما، والأقوى ما عرفت.

وعلى كل حال فما عن المجلسي من حمله النصوص المزبورة على التقية لشهرته بين العامة فتوى ورواية يدفعه ما سمعت من موافقة خبر بينة الخارج لأحمد بن حنبل أيضاً، بل ملاحظة كلام العامة بقضي باضطراب أقوالهم في ذلك على وجه لا تقية في إظهار الحق فيما بينها، خصوصاً مع نسبته إلى علي (عليه السلام) على أن المحكي عن الشيخ نسبته إلى مذهبنا وأنه الذي تدل عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقية، والله العالم.

هذا كله مع تقييدهما ~~أما لو شهدت للمتثبت بالسبب وللخارج بالملك المطلق فإنه يقضي لصاحب اليد سواء كان السبب مما لا يتكرر كالنتاج ونساجة الثوب الكتان أو يتكرر كالبيع والصياغة~~ كما عن الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار والمبسوط والقاضي والطبرسي والفاضلين والشهيدين، بل عن الأول الأشعار بالاجماع

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ و ٣ .

(٢) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٥٦ .

حيث قال : « قبلناها » بل عنه أيضاً أنه قال : « بلا خلاف بيننا لقوة البينة حينئذ » .

قيل : ولما في خبر عبد الله بن مسنان (١) « أن أمير المؤمنين (عليه السلام) كان إذا اختلف الخصمان في جارية فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه انتجها فكان إذا أقاما البينة جميعاً قضى بها لقدي انتجت عنده » بناءً على أن مبنى ذلك قوة النتائج على الشراء ، وفيه أن ذلك يقتضي الترجيح في الأسباب ، ولم يلتزم به القائل المزبور في المقيدتين ، ولعل الأولى الاستدلال له باطلاق قول أمير المؤمنين (عليه السلام) (٢) المتقدم .

﴿ وقيل ﴾ والقائل ابن إدريس فيما حكى عنه : ﴿ بل يقتضى للخارج وإن شهدت بيته بالملك المطلق ﴾ بل في الرياض عن الصدوق والمفيد والحلي وابن زهرة إطلاق تقديم بيته الخارج ، بل عن الأخير الإجماع عليه ﴿ عملاً بالخبر ﴾ .

﴿ والأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده المتقضية بحجية البينة من المدعي والمنكر ، فاما أن يفزع إلى ترجيح بيته المنكر بالتفيد واليد ، أو يقال : لا دليل على الترجيح بهما ، ومقتضاه تكافؤهما وبقاء الدهوى ، كما إذا لم تكن بيته ، فيتوجه اليمن على صاحب اليد الذي هو المدعي عليه لفةً وشرعاً وعرفاً ، وعليه ينزل قول أمير المؤمنين (عليه السلام) في الخبرين (٣) السابقين ، ويستفاد منه ما نحن فيه بالأولوية ، نعم بشكل الاستدلال للمصنف القائل في مفروض الخبرين بتقديم بيته الخارج ، إذ لا وجه للأولوية حينئذ ، فليس له إلا ما عرفت ، وفيه ما سمعت .

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١٥ - ٢ .

(٣) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ و ٣ .

وبذلك كله ظهر لك أن الأقوى تقديم بينة الداخل إلا في المطلقتين إن تم الإجماع عليها ، وأولى منها ما إذا كانت بينة الخارج مقيدة والداخل مطلقة ، وإن أمكن ترجيح ما ذكره المصنف بالشهرة على فرض تحققها ، والله العالم .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو كانت في يد ثالث ﴾ وهي الصورة الثالثة في المتن وغيره ﴿ قضي بأرجح البيتين عدالة ﴾ ، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهوداً ، ومع التساوي عدداً وعدالة يقرع بينهما ، فن خرج اسمه أحلف وقضي له ، ولو امتنع أحلف الآخر وقضي له ، وإن نكلا قضى به بينهما بالسوية ﴿ بل في المسالك وغيرها نسبته إلى الشهرة ، بل في الغنية الإجماع عليه ، بل في الرياض نسبته إلى الأشهر ، بل عامة متأخري أصحابنا والنهاية وكتابي الحديث وموضع من الخلاف والحلي والقاضي والحلي وابن حمزة ويحيى بن سعيد وابن زهرة ، مع أنه هو بعد ذلك قد اعترف باختلاف كثير من فتاوى القدماء في الترجيح بالأعدلية والأكثرية والرجوع بعد التساوي فيهما إلى القرعة .

قال : وفيه من اقتصر على اعتبار الأعدلية خاصة كالمفيد ، من اقتصر على اعتبار الأكثرية كذلك كالاسكافي والصدوقين ، نعم ذكرنا قبل اعتبارها أن أحق المدعين من عدل شاهدها ، فإن استوى الشهود في العدالة فأكثرهما شهوداً ، وهو ليس نصاً في اعتبار الأعدلية ، وبين من اقتصر على اعتبارهما خاصة ولم يذكر الترتيب بينهما ولا القرعة بعدهما كالشيخ في موضع من الخلاف قائلاً إنه الظاهر من مذهب الأصحاب ، وبين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقاً من دون بيان له ولا ذكر قرعة كالديلمي والشيخ في موضع من الخلاف ، لكنه ذكر القرعة بعد المعجز عن الترجيح مدعياً عليه الإجماع من الإمامية ، وبين من فصل بعين ما في

العبارة لكنه مقدماً للأكثرية على الأقلية كالحلي في السرائر وعزه إلى ظاهر الأصحاب مشعراً بدعوى الإجماع عليه ، وبين من اقتصر على القرعة خاصة كالمعاني .

ومن الغريب الركون بعد ذلك إلى دعوى شهرة محققة فضلاً عن إجماع ابن زهرة ، وأغرب من ذلك اعتاده في الرياض عليه ، وجعله هو الجامع بين النصوص والفتاوى المختلفة قال : « خصوصاً بعد اعتضاده بالشهرة المحكية ، وما سمعته من إجماع الشيخ صريحاً وظاهراً وإجماع السرائر في الجملة » إذ هو كما ترى لا يفيد الفقيه طمأنينة ، على أنه ليس على جميع الأحكام المزبورة ، قال : « وإن كان مع كل منها بينة ولا يد لأحدهما حكم لأعدها شهوداً ، فإن استويا في ذلك حكم لأكثرهما شهوداً مع عينه ، فإن استويا أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف وحكم له ، وإن كان لكل واحد منهما يد ولا بينة لأحدهما كان الشيء بينهما نصفين ، كل ذلك بدليل إجماع الطائفة » وهو خال عن حلف الآخر وعن القضاء بالنصف مع نكولها . وعلى كل حال فلا ريب في عدم الوثوق بالإجماع المزبور بعد ما عرفت خصوصاً مع شدة اختلاف النصوص أيضاً ، ففي الصحيح (١) « أن علياً (عليه السلام) أنه قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة أنها لهؤلاء أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا وقامت لهؤلاء البينة بمثل ذلك ، ففضى بها لأكثرهم بينة واستحلفهم » .

وفي صحيح داود (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « في شاهدين شهدا على أمر واحد وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا واختلفوا قال : يقرع بينهم ، فأيهما قرع فعليه اليمين ، وهو أولى بالقضاء » .

ونحوه الصحيح الآخر (١) عنه (عليه السلام) أيضاً غير أنه قال :
« أولى بالحق » .

وفي خبر البصري (٢) عنه (عليه السلام) أيضاً قال : « كان
علي (عليه السلام) إذ أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم
سواء أفرع بينهم على أبيهم يصير اليمين ، قال : وكان يقول : اللهم
رب السماوات السبع أيتهم كان الحق له فأذه إليه ، ثم يجعل الحق للذي
يصير عليه اليمين إذا حلف » .

وفي موثق سماعة (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « أن رجلين
اختصما إلى علي (عليه السلام) في دابة فزعم كل واحد منهما أنها نتجت
على ملوده وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد ، فأقرع بينهما سهمين
فعلم السهمين كل واحد بعلامة - ثم قال - : اللهم رب السماوات السبع
 ورب الأرضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن
الرحيم ، أيها كان صاحب الدابة وهو أولى بها فأسألك أن تخرج سهمه ،
فخرج سهم أحدهما ففضى له بها » .

ونحوه خبر عبد الله بن سنان (٤) إلا أنه قال في آخره : « فأسألك
أن تقرع وتخرج اسمه ، فخرج اسم أحدهما ففضى له بها » إلى غير ذلك
من النصوص التي تقدم بعضها أيضاً .

إنما الكلام في استنباط الأحكام المذكورة أو غيرها منها ، فالتحقيق
أن يقال : إنه يمكن استفادة ترجيح الحكم المزبور في خصوص هذه الصورة
بتخصيص نصوص القرعة بما إذا تساوت البيتان عدداً وعدالة ولم تكن

العين في أيديهما ، أما الأول فواضح ، وأما الثاني فلما سمعته من النص (١) الدال على التنصيف في ما إذا كان بأيديهما ، وعلى أن القول قوله إذا كان في يد واحد منها (٢) وأصرح من ذلك المرسل (٣) من أمير المؤمنين (عليه السلام) أيضاً ، في البيتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا اعتدلت بينة كل واحد منهما وليس في أيديهما ، فإن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان ، وإن كان في يد أحدهما فالبينة فيه على المدعي واليمين على المدعى عليه .

بل منه يستفاد عدم العبرة بهذه المرجحات في غير هذه الصورة ، ولذا لم يعتبرها الأكثر في غيرها ، خلافاً لمن عرفت .

كما أنه يستفاد أيضاً منه ومن خبر البصري (٤) كون الأعدلية مرجحة ، ضرورة عدم صدق الاعتدال معها ، بسبب ذكرها مع العمد في خبر البصري يقتضي كونها مثله في الترجيح المستفاد من دليله بالخصوص ، وإلا لم يكن ثمره لذكره معه بعد فرض معلومية كونه بمجرد مرجحاً ، كما سمعت التصريح به في الصحيح (٥) .

نعم قد يقال : إن المتجه بناءً على ذلك ما سمعته من ابن إدريس نسباً له إلى ظاهر الأصحاب من تقديم الأكثرية عاينها ، لاطلاق دليلها القاضي بالرجوع إليها ولو مع الأعدلية في الجانب الآخر ، ولا ينافي ذلك

(١) لم يتقدم فيها سبق ما يدل على التنصيف فيها إذا كان بأيديهما غير المرسل الذي سيلكروه ، وما دل على التنصيف فيها تقدم هو خبري اسحاق وثقات وموردها ما لو لم تكن في يد واحد منها .

(٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢ و ٣ .

(٣) المستدرک - الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

(٤) و (٥) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٥ و ١ .

ثبوت الترجيح بها في الجملة إلا أن المشهور خلافه كما عرفت ، ولعله لاطلاق ما دل على الترجيح بها من النص وغيره ، فيحصل التعارض بينهما في صورة اختلاف البيتين بالأعدلية في واحدة والأكثرية في الأخرى شبه التعارض من وجه . ولا ريب في أن الترجيح للأعدلية ، لاجتماع ابن زهرة المعتضد بالشهرة المحققة بين الأصحاب ووجود ذلك في رسالة علي بن بابويه التي قيل فيها : كانوا إذا أعوزتهم النصوص رجعوا إليها وفي النهاية التي هي متون الأخبار وغير ذلك .

وأما اشتراط اليمين لمن خرج بالقرعة فهو صريح بعض النصوص (١) بل قوله (عليه السلام) في خبر البصري (٢) : « ثم يجعل » إلى آخره مشعر بما ذكره الأصحاب من كون اليمين على الآخر إذا لم يحلف المخرج بالقرعة ، ضرورة اقتضاء الشرط عدم كون الحق له بعدم اليمين والفرض أنه منحصر فيهما ، واحتمال ثبوته للآخر من دون يمين منافٍ لقوله (صلى الله عليه وآله) (٣) : « إنما أقضي عليكم بالبينات والأيمان » مع أن ثبوته فيمن أخرجته القرعة يقتضي أولوبته بذلك ، بل لعل إقراع الامام لاستخراج من يصير عليه اليمين يراد منه الأعم من الصيرورة ولو بالأخرة ، بل لعل إجماله بقوله (عليه السلام) : « ثم يجعل » إلى آخره إشارة إلى ذلك ، فتأمل فانه دقيق .

بل منه يعلم اعتبار اليمين أيضاً من ذي البينة المرجحة بغير القرعة كالأعدلية والأكثرية ، وإن ترك المصنف وجماعة التعرض له فيهما ، حتى ظن بعض الناس الخلاف في ذلك ، إلا أن الظاهر كون تركه اعتياداً على

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٧ - هـ .

(٣) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ١ وفيه « إنما أقضي بينكم

بالبينات والأيمان » .

ما ذكره في القرعة التي هي أحد المرجحات للبيئة ، كما يرمي إليه بعض نصوصها (١) على أنه قد نص عليه في الأكثرية التي ذكرت في الخبر (٢) مع الأعدلية على وجه يظهر اتحادهما في كيفية الترجيح ، ولذا نص غير واحد على اليمين فيها ، كما نص عليه بعض في الأعدلية .
وحينئذ فاحتمال عدم اليمين فيهما أو في خصوص الأعدلية في غاية الضعف ، كاحتمال عدم اليمين مع القرعة الذي هو كالاتجاه في مقابلة النص وإن ترك في بعض نصوصها كخبري سماعة (٣) وعبد الله بن سنان (٤) المحمولين على قضية في واقعة قد اشتملت على دعاء الامام (عليه السلام) - الذي لا برد - بخروج اسم من له الحق ، لا أنه أقرع على من تصير اليمين منهما كما في خبر البصري (٥) وهذه دقيقة أخرى فيه لطيفة تظهر بملاحظة كيفية ما وقع من الاقراع فيه وفيهما ، فلاحظ وتأمل .
وأما التنصيف بينهما على تقدير النكول فلاطلاق قوله (عليه السلام) في خبر اسحاق (٦) : « وإذا لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين » وهذا أقصى ما يمكن أن يقال في النصوص ، ولا يتأنيه مخالفة ما في بعض نصوص آخر بعد الإجماع بقسميه على إطراره على وجه لا يقدح فيه ندرة المخالف .

﴿ و ﴾ منه يعلم ضعف ما ﴿ قال ﴾ -هـ- ﴿ في المبسوط ﴾ من أنه مع التساوي ﴿ يقضى ﴾ بينهما ﴿ بالقرعة إن شهدتا ﴾ أي البيتان ﴿ بالملك المطلق ، ويقسم بينهما ﴾ بالسوية ﴿ إن شهدتا بالملك المقيد وإن اختلفت إحداهما بالتقييد ﴾ قضى بها دون الأخرى ﴿ وإن قيل في توجيهه : إنه جمع بين ما دل على القرعة وخبري نعيم بن طرفة (٧) وغيث (٨) المتقدمين سابقاً بالتفصيل المزبور .

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٦) و (٧) و (٨) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب

لكن فيه أن المفروض في خبري سماعة (١) وابن مسنان (٢) من أخبار القرعة المقيدين (٣) كما أن فيها المطلق أيضاً ، وفي أخبار التنصيف المقيدين كخبر هياث (٤) والمطلقين كخبر تميم بن طرفة (٥) فليس في ما ذكره جمع بين النصوص ، بل في خبر إسحاق (٦) ما هو خارج عن الجميع ، وهو تخليفهما معاً ، فأيهما حلف ونكل الآخر كانت للحالف ، فإن حلفاً جميعاً كانت بينهما نصفين .

ولم أعرف من عمل به هذا ما تسمعه من ظاهر أبي علي ولذا حمله الشيخ على أنهما اصطلاحاً على ذلك ، وعن الاستبصار « ويمكن أن يكون ذلك نائلاً عن القرعة بأن لا يختار القرعة واختار كل واحد اليمين ورأى ذلك الامام صواباً كان مخيراً بين العمل عليه والعمل على القرعة » . نعم في كشف الثام عن ظاهر أبي علي العمل به ، قال : « ولو كانت العين في أيديهما جميعاً أو لم تكن في يد واحد وتساوى عدد البينتين عرضت اليمين على المدعين ، فأيهما حلف استحقها إن أبي الآخر ، وإن حلفاً جميعاً كانت بينهما نصفين ، قال : ولو اختلفت أعداد البينتين فشاها على اليمين أقرع بينهما بسهام على أعداد الشهود لكل واحد منهما ، فأيهما خرج سهمه كانت اليمين عليه ، فإذا حلف دفعت العين التي قد ادعت إليه » .

وكانه استند في الأخير إلى خبر السكوني (٧) عن الصادق عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) « أن علياً (عليه السلام) قضى في رجلين ادعيا بقتل فأقام أحدهما شاهدين والآخر خمسة ، فقال : لصاحب الخمسة

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٦) و (٧) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كلفة

الحكم - الحديث - ١٢ - ١٥ - ٣ - ٢ - ١٠ .

(٣) مذكراً في النسخة الأصلية ، والمبارزة غير لقمة ، فإن « المقيدين » خبر « أن » وهي في

مثل الرفع ، والصحيح هكذا « إقامة المقيدين » .

خمس أسهم ، ولصاحب الشاهدين سهمان ، حاملاً للسهم فيه كل سهم القرعة ، وفائدة تكثير السهام نظير ما مر ذكره في القسمة ، وهو تكثير رفاع الأكثر شهوداً ليكون أقرب إلى الخروج .

لكن لا يخفى عليك أنه مناف لما دل على الترجيح بالكثرة ، كما لا يخفى عليك قصوره عن المقاومة له من وجوه ، ولذا حكى عن الشيخ حمله على الاصطلاح . وفي كشف الثام ، وأول منه امتداد قضائه إلى أمر آخر ، كقصور مقاومة ما دل على التنصيف مطلقاً عن أخبار القرعة المعتضدة بما سمعت ، فالجمع حينئذ بارادة التنصيف بعد القرعة على الوجه الذي عرفت أو بغير ذلك أولى .

﴿ و ﴾ لذا قال المصنف : إن ﴿ الأول أنسب بالمنقول ﴾ بل لعل التأمل الجيد يقتضي عدم ظهور شيء من النصوص في كون التقييد مرجحاً على وجه يقتضي اختصاص من كانت بينته كذلك بالمال ، وخبر غياث (١) وغيره مما ذكر فيه المقيدان ظاهر في ترجيح اليد .

ومنه يعلم حينئذ النظر في ترجيح بينة الداخل به على بينة الخارج إذا كانت مطلقة وإلا لاقتضى ذلك التوقف مع فرض تقيدهما معاً والرجوع إلى القرعة لا ترجيح بينة الخارج أو الداخل ، فالتحقيق حينئذ الرجوع إلى النص في ذلك لا التقييد والاطلاق الذي لم نجد للترجيح به أثراً في نصوصنا ، وإنما هو شيء ذكره العامة ، نعم في بعض النصوص الترجيح بالأسباب كما سمعته في خبر التناج والبراء المروي عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (٢) المقدم لبينة الأول على الثاني بناءً على أن الوجه فيه ذلك ، وهو مع عدم القائل به خروج عما نحن فيه .

ولو أقر الثالث بالعين لأحدهما فالوجه - كما في القواعد - أنه

كاليد ، تقدم على قيام البيتين أو تأخر ، لقيام المعنى القائم في اليد فيه ، ويحتمل العدم بعد إقامة البيتين ، لكشفهما عن أن يد المقر مستحقة للإزالة ، فإقراره كإقرار الأجنبي ، بل قد يشكل - إن لم يكن إجماع - إندراج ذلك قبل إقامة البيتين فضلاً عما بعده في ما دل على حكم ذي اليد بالنسبة إلى الدخول والخروج ، ولعله لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث وعدمه ، فنأمل جيداً .

ولو لم يكن العين في يد أحد - وهي الصورة الرابعة - فالظاهر أن حكمها لهم ما كانت في يد ثالث ، لاطلاق الدليل ، ولا ينافي ذلك إطلاق خبر تميم بن طرفة (١) بعد تنزيله على غيره ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف بل ولا إشكال في أنه ﴿ يتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين ﴾ مثلاً ، لصدق اسم البينة على كل منهما ، فتشمله الأدلة السابقة وإن كان قد ينساق إلى الذهن في بادئ النظر قوة الأولى على الثانية أو بالعكس للأكثرية ، لكن لا عبرة به لأنه كالاتحسان .

﴿ ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين ﴾ لا لما ذكر من بعض الأمور الاعتبارية ، بل لعدم صدق اسم البينة ، فلا يندرج حينئذ في النصوص السابقة .

﴿ وربما قال الشيخ ﴾ في فصل الرجوع عن الشهادة من المبسوط : ﴿ نادراً يتعارضان ويقرع بينهما ﴾ كالبيتين ناسباً له إلى مذهبنا ، لكن لم نتحققه وإن حكاه الشهيد عنه صريحاً ، إلا أن المحكي عن الفخر نسبة التردد إليه ، لاقتصاره على نقل قول العامة في ذلك ﴿ و ﴾ على تقديره فلا ريب في ضعفه .

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كلفة الحكم - الحديث ٤ .

بل ﴿ لا ﴾ تعارض ﴿ بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين ﴾ لما عرفت فضلاً عن الشاهدين ، فلا يلتفت إليه ، على أن الأكثرية متحققة ﴿ بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين ﴾ .
 ﴿ و ﴾ كذا لا خلاف ولا أشكال في أن ﴿ كل موضع قضينا فيه بالقسمة فانما هو في موضع يمكن فرضها ﴾ بإمكان الاشتراك فيه وإن لم يقسم فعلاً كالعبد والأمة ﴿ دون ما يمنع ﴾ لامتناع الشركة فيه ﴿ كما إذا تداعى رجلان زوجة ﴾ فيحكم حينئذ بالقرعة فيه قطعاً كما نص عليه في مرسل داود بن أبي زيد العطار (١) عن الصادق (عليه السلام) « في رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأة امرأة فلان وجاء آخرون فشهدوا أنها امرأة فلان فاعتدل الشهود وعدلوا ، قال : يقرع بين الشهود ، فمن خرج اسمه فهو الحق ، وهو أولى بها » .
 بل في المسالك « لا يمين عليه ، لأن فائدته القضاء الآخر مع نكوله وهو منفي هنا ، وفيه أنه لا مانع منه ، وإنما المنفي التنصيف بينها على تقدير النكول منها ، بل يتجه فيه انتفاؤها عنها . نعم لا تعرض في الخبر لليمين ، ولا ينافي إطلاق ثبوتها في غيره ، خصوصاً بعدما عرفت أن القرعة لاثبات الرجحان الذي يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالأعدلية والأكثرية ، بل قد يقال إن ظاهر المصنف وغيره ذلك أيضاً لاقتصارهم في مخالفة السابقة على عدم التنصيف هنا ، لعدم تعقله .

ومما ذكرنا يظهر لك النظر في كلام الفاضل حيث قال : « فصل في أسباب الترجيح لحجة على أخرى ، وهي ثلاثة : الأول قوة الحجة كالشاهدين والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين ، ولو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة احتمل

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٨ وهو مرسل داود بن

أبي يزيد العطار .

تقديمها والتعادل ، إذ قد عرفت عدم اندراجها في النصوص ، فلا تعارض أصلاً ، بل يكون اليد - كما إذا لم يكن شاهد - لا تعارض بينة الخارج ، كما هو واضح ، نعم لو قلنا : إن مدرك تقديم الشاهدين على الشاهد واليمين قوة الأول وضعف الثاني توجه حينئذ احتمال قوته لو اقترن بمرجع آخر ولو ضعيف ، فإن الضعيفين يغلبان القوي ، إلا أنه كما ترى يناسب مذاق العامة ، ولذا كثر نحو ذلك في كلامهم ، أما على أصولنا التي لا قياس فيها ولا استحسان ولا مثل هذه الاعتبارات فلا يتوجه ذلك ، إذ قد عرفت أن الموجود في نصوصنا تعارض البيئات لا كل مثبت للحق من الشاهد واليمين واليمين المردودة ونحوهما ، فتأمل جيداً .

ثم قال : « الثاني اليد ، فيقدم الداخل على الخارج على رأي ، والأقوى العكس إلا أن يقيمها بعد بينة الخارج على إشكال ، فلو ادعى عيناً في يد غيره فأقام البينة فأخذها منه ثم أقام الذي كانت في يده أنها له نقض الحكم وأعيدت إليه على إشكال ، وفيه أيضاً ما لا يخفى ، ضرورة اقتضاء ذلك التسلسل المنافي لحكمة القضاء الذي هو الفصل بين المتخاصمين ، والفرض أنها دعوى واحدة ، فالمتجه عدم سماعها مطلقاً .

ثم قال أيضاً : « ولو أراد ذو اليد إقامة البينة قبل إدعاء من ينازعه فالأقرب الجواز ، ولو أقام بعد الدعوى أي ممن لا بينة له لاسقاط اليمين جاز » وفيه أن مبنى تقديم بينة الخارج على أنه لا بينة للداخل فلا يسجل لها حينئذ ، ولا تسقط يميناً كما هو واضح ، على أن فائدة هذا التسجيل إن كان لقطع ما يأتي من الدعاوي ، فهو واضح البطلان ، وإن كان لارادة الحكم له فيما يأتي لو توجهت عليه دعوى بناءً على تقديم بينة الداخل ففيه أن المدار على التعارض حال الدعوى .

على أنه ليس في كلامه إشعار ببناء المسألة على تقديم بينة الداخل،

نعم صرح في التحرير وقال : « لا أعرف لأصحابنا نصاً في ذلك ، ومنع أكثر الجمهور منه ، إذ لا بينة إلا على خصم ، فطريقه أن ينصب لنفسه خصماً - ثم قال - : والأقرب عندي سماع البينة لفائدة التسجيل . »

ثم قال أيضاً : « ولو أقام بعد إزالة يده بينة الخارج وادعى ملكاً سابقاً ففي التقديم بسبب يده التي سبق القضاء بازالتها إشكال ، وفي كشف اللثام تبعاً للتحرير » من سبق يده . وأنه الداخل والبينة تشهد له بالملك المستند إلى ذلك الزمان ، ومن كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها ، أما لو أقام البينة بعد القضاء للخارج قبل إزالة اليد فهي بينة الداخل ، وفيه ما لا يخفى من أنه ليس من الداخل على التقديرين ، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج .

ثم قال أيضاً : « وإذا قدمنا بينة الداخل فالأقرب أنه يحتاج إلى اليمين ، وكأنه مناف لما ذكره سابقاً من إسقاطها اليمين ، اللهم إلا أن يفرق بين معارضة البينة وبين معارضة مجرد الدعوى ، فنسقط على الأول ، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثاني ، ولعل ذلك يكون فائدة التسجيل الأول ، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه أيضاً فتأمل . »

وإذا قامت البينة على الداخل أو أقر فادعى الشراء من المدهي أو ثبت الدين عليه ببيئته أو إقرار فادعى الإبراء فإن كانت البينة بدعواه حاضرة سمعت قبل إزالة اليد وتوفية الدين ، وإن كانت غائبة طوّل في الوقت بالتسليم ، لثبوت الاستحقاق شرعاً من غير ظهور معارض ، وليس له المطالبة بكفيل ، للأصل .

ثم إذا أقام البينة استرد ، وربما احتل العلم والتأجيل ثلاثة أيام كما هو حكم مدعي جرح الشهود ، ولكنه واضح الضعف ، نعم لو طلب

الاحلاف على أنه لم يبعه منه أو لم يبرأه قدم على الاستيفاء ، لكونه كحضور البينة .

هذا وفي القواعد « ولو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه لأخذه باقراره حتى يدعي تلقي الملك من المقر له إما بوامطة أو غيرها ، ولو لم يعترف ولكن أخذ منه لغيره بحجة ففي احتياجه بعده في الدعوى إلى ذكر التلقي منه إشكال » .

وفي كشف اللثام « لما تقدم من الاشكال في ما يقدم من دعوى الداخل وإقامة البينة بعد إزالة يده فيحتاج إليه على عدم السماع ، بل هو عين ما تقدم ، وفي التحرير احتمل أن لا تسمع حتى يذكر في الدعوى تلقي الملك منه ، لأن البينة في حقه كالاقرار والسماع ، لأن المقر مؤاخذ باقراره في الاستقبال ، وإلا لم يكن للأقارير فائدة ، أما حكم البينة فلا يلزم على كل حال ، وإن كانت الحجة هي اليمين المردودة بنيت المسألة على كونها كالاقرار أو البينة » .

قلت : قد يقال : يكفي في صحة دعواه مع الاقرار فضلاً عن غيره احتمال تلقيه وإن لم يذكره ، حملاً لدعوى المسلم على الوجه الصحيح شرعاً ، فتشملها العمومات ، وعلى كل حال فالأجنبي إذا لم يعترف بالعين لمن في يده لا يحتاج في دعواه إلى ذكر التلقي قطعاً ، وإن كان ذو اليد أقام بينة لاسقاط اليمين أو التسجيل ، فإن البينة ليست حجة عليه ، لأنه مدع ، وكذا الأجنبي عن المتداعيين أولاً أحدهما ذو اليد وإن أقام الآخر البينة ، فإن بينته حجة على ذي اليد لا عليه ؛ فله دعوى الملك مطلقاً ، كما هو واضح .

ولو ادعى عليه قرضاً أو ثمناً فجحد المستحق كان له أن يدعي الإيفاء ويقيم البينة عليه ، لعدم المنافاة ، أما لو جحدهما بمعنى أي

لم استقرض ولم اشتر لم تسمع دعواه الابقاء حينئذ ، ولا تقبل بينته به ، لأنه مكذب حينئذ لما .

وكيف كان فالثابت من المرجحات المذكورة في بعض كتب العامة والخاصة اشتمال إحدى البينتين على زيادة كزيادة التاريخ ﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ - الشهادة بقدم الملك أولى من الشهادة بالحادث ﴾ في العين الخارجة عن أيديهما ﴿ مثل أن تشهد إحداها بالملك في الحال والأخرى بقديمه ، أو إحداها بالقديم والأخرى بالأقدم ، فالترجيح لجانب الأقدم ﴾ كما عن الشيخ وابني إدريس وحمزة ، بل في المسالك نسبته إلى المشهور ، وعلوه بأن الزائدة تثبت الملك في وقت لا تعارضها الأخرى ، وإنها يتساقطان في محل التعارض دون السابق الذي لا معارض له فيها ، والأصل في الثابت دوامه ، ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان ممن تصرف فيه ، لأنه ملك لا معارض له فيه ، فيجب استدامته وإن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته ، ولم أجد في شيء من النصوص إشارة إليه إلا ما في صحيح ابن سنان (١) عن الصادق (عليه السلام) عن علي (عليه السلام) أنه كان إذا اختصم الخصمان في جارية فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها وكانا إذا أقاما البينة جميعاً قضى بها للذي أنتجت عنده ، ولكن مع ذلك كله قد احتمل غير واحد التساوي ، لأن المتأخرة لو شهدت أنه اشتراه من الأول قدمت على الأخرى قطعاً ، لأنها لما صرحت بالشراء علم أنها اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى ، فانها وإن شهدت بأنها ملكه من ابتداء مستتين مثلاً إلى الآن لكن غايته أنه علم أنه ملكه ولم يعلم بمزيله في المدة .

واحتمال ترجيح القديمة حتى مع ذكر المتأخرة السبب - كما في

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١٥ .

التحرير - لعدم المعارض لما في السابق أيضاً واضح الضعف ، ضرورة أنه بذكرها السبب كما تعارض الأخرى في المدة المشتركة تعارضها فيما قبلها وتسقطها ، وحينئذ فلا إشكال في تقديمها عليها مع ذكرها السبب ، فأما إذا أطلقت أي المتأخرة كما هو المفروض فلا أقل من التساوي إن لم نقل بالرجحان أيضاً ، لأنها تدعي أيضاً الاطلاع على ما لم تطلع عليه الأخرى ، فانه ما لم يظهر لها ما يرجع الملك أو يعينه منذ سنة فكيف تشهد به ، وغاية الأخرى أنها لم يظهر لها ذلك والاثبات مقدم ، إلا أن هذه البينة لما لم تتعرض لسبب الملك أمكن استناد شهادتها إلى اليد ، وهي تحتل الملك وغيره ، ويمكن أن تكون الأخرى أيضاً تعلم باليد وأنها لغير الملك ، ولذا حكمنا بالتساوي .

وما قالوه من ثبوت الملك في الماضي وهو هنا السنة الأولى بينة الأقدم من غير معارضة البينة الأخرى فدفوع بأنه إن أثبت تبعاً لثبوتها في الحال ، فإن النزاع في الملك فيه ، ولهذا لو انفرد أحد المتداعين بادعاء الملك في الماضي خاصة مع ادعاء خصمه الملك في الحال لم تسمع دعواه ولا بينته ، لعدم تعارض الدعويين ، فالمقصود في الاثبات إنما هو الملك في الحال ، وإذا لم يثبت لتعارض البينتين فيه فلا عبرة بثبوتها في الماضي .

وفيه أنه إن كان مفروض المسألة قيام البينتين التي شهد كل منهما بالملكية الحالية لكل منهما بغير الاستصحاب ونحوه بل بالاطلاع على عدم الانتقال فلا ريب في تعارضهما في المدة المشتركة ، وبقاء الاستصحاب المستفاد من ثبوت الملك في الزمن السابق بحاله ، إذ لا قاطع له إلا البينة الساقطة بالأخرى ، فيبقى ملك لم يعلم زواله .

ومن ذلك يظهر لك ما في قوله : « إن الدعوى بالماضي غير مسموعة » ضرورة سماعها لاثبات الملك في الحال في مثل المقام ، بل وفي

غيره إذا كان المراد إثباتها للمطالبة بالنهاء في ذلك الوقت .
نعم لو كانت شهادة القديم بالاستصحاب فالمتجه تقديم الثانية عليها
لا التساوي ، ضرورة ثبوت الانقطاع بينة لم يعلم معارضها ، إذا افترض
كون مستند البينة الأخرى الاستصحاب الذي لا يعارض بينته ، فإن ملكية
زيد فعلاً تقطع ملكية عمرو المستصحة . ودعوى احتمال كون مستند
الثانية سبباً لا يقتضي الملكية واقعاً يدفعها التعبد بمقادها وإن لم تعلم سببه
نعم لو فرض إطلاق الأولى على وجه لم يعلم مستندها اتجه حينئذ ما عرفته
أولاً من العمل بالاستصحاب بعد التعارض والتساقط فتأمل .
ولو اطلقت إحداها وأرخت الأخرى قيل : تساوتا ، لاحتمال
الإطلاق هذا التاريخ وغيره زائداً أو ناقصاً ، فلا زيادة في إحداها على
الأخرى إلا بالتعرض للتأريخ ، وهو مما لا يؤكد الملك لينسب الترجيح .
وفيه أيضاً أن المتجه تقديم المطلقة مع العلم باستناد المؤرخة إلى
الاستصحاب الذي قد عرفت عدم معارضته للبينة التي تقتضي انقطاعه ،
أما إذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضاً اقتصاراً في تساقطهما
على ما علم تعارضهما فيه ، وهو الملك في الحال فيبقى غيره مستصحباً .
ولو شهدت إحداها بسبب الملك ك شراء أو إنتاج أو غيرهما ففي
القواعد وغيرها قدست على المطلقة المحتملة الاستناد إلى البد ، وهي أهم ،
أو الاستفاضة وقد تكذب ، وقد مر في خبر أبي بصير (١) ما يؤيده
في الجملة .

وفيه أيضاً أنه لا إشعار في خبر أبي بصير بذلك كما سمعته سابقاً ،
ولا دليل على الترجيح بمثله ، وإنما ذكره العامة لاندراجها في عنوان
المرجح ، وهو الاشتغال على الزيادة ، والمسلم منه زيادة التأريخ ونحوه

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١ .

مما يمكن أن تقوم به الأدلة لا مطلقاً كما هو واضح .
هذا كله مع كون المشهود عليه ليس في يد أحدهما ، أما إذا كان
فان كانت بيئة الداخل الأسبق تاريخياً ففي المسالك هو المقدم لا محالة ،
بل عن الخلاف نفي الخلاف فيه ، لاجتماع مرجحين فيه ، ولعموم دليله ،
ولكن في القواعد تعارض رجحان القدم وكون الآخر خارجاً ، فيحتمل
التساوي وتقديم الخارج لعموم دليله .

بل في كشف اللثام هو الأقوى قال : « ويضمّف الأول بأن دليله
إن تم نزلت بيئة الخارج منزلة العدم ، ولا عبرة ببيئة الداخل إذا لم
يكن للخارج بيئة ، وبأنه على القول بترجيح بيئة الخارج لا عبرة ببيئة
الداخل أصلاً ، لأنها ليست من شأنه ، وإذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها
بالقلمة وغيرها معنى » .

قلت : الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بيئة مسموعة ، وحينئذ
يتوجه ترجيحها بالأمرين ، وتنزيل بيئة الخارج منزلة العدم إنما هو
لمعارضة بيئة الداخل ، فلا وجه للقول بأنه لا عبرة ببيئة الداخل إذا لم
يكن للخارج بيئة ، بل عن الخلاف الجزم بتقديم بيئته هنا في صورة
العكس أيضاً مدعياً عليه الإجماع والأخبار ، ولعله لأن البيئة يقدم الملك
لم تسقط بها اليد ، كرجل ادعى داراً في يد رجل وأقام بيئةً بأنها
كانت له أمس لم تزل بها فكل ذلك هنا ، ولعله لذا حكى عن أبي حنيفة
مع تقديمه بيئة الخارج أنه قدّم الداخل هنا ، لأن بيئته أفادت ما لم
تقدمه اليد .

وفي كشف اللثام « ويقوى تقديم الخارج كما في المبسوط ، لأن
بيئته في الزمان المختص بها غير معارضة ، وإذا انفرد الخارج بالبيئة
فلا إشكال في تقديم قوله » .

وفي المسالك « وإن كانت بينة الآخر أي الخارج أسبق تاريخاً فإن لم يجعل سبق التاريخ مرجحاً فكذلك يقدم الداخل ، وإن جعلناه مرجحاً ففي ترجيح أيها وعدمه أوجه : أحدها ترجيح اليد ، لأن البينتين متساويتان في إثبات الملك في الحال ، فيساقطان فيه ، ويبقى من أحد الطرفين اليد ، ومن الآخر إثبات الملك السابق ، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق ، ولهذا لا يزال بها ، والثاني ترجيح السبق ، لأن مع أحدهما ترجيحاً من جهة البينة ، ومع الأخرى ترجيحاً من جهة اليد ، والبينة تتقدم على اليد ، فكذلك الترجيح من جهتها يتقدم على الترجيح من جهة اليد ، والثالث أنها متساويتان ، لتعارض المعنيين . »

قلت : لا يخفى عليك التحقيق في المسألة ، وهو بناءً على أن للداخل بينة فلا ريب في تقديم قوله سواء كانت بينته الأسبق تاريخاً أو بينة الخارج لبقاء مقتضي اليد الصالح لقطع الاستصحاب ، وإن قلنا لا بينة له فلا ريب في تقديم بينة الخارج التي لا تصلح اليد لمعارضتها، والفرض عدم البينة له، سواء اشتملت على تاريخ سابق أو لا .

هذا وقد يظهر من إطلاق المصنف عدم اشتراط إضافة البينة بالملك القديم التعرض للملك في الحال ، وفي المسالك وهو أحد الوجهين في المسألة، لأن الملك إذا ثبت سابقاً فالأصل فيه الدوام والاستمرار ، فلا يفتر إلى التصريح باستمراره ، والثاني وهو المشهور أن الشهادة بالملك القديم لا تسمع حتى نقول هو ملكه في الحال أو لا أعلم له مزيلاً ، حتى لو قال : لا أدري زال أم لا لا تقبل ، لنضمنها تردداً وريبةً تنافي الشهادة .

بل في القواعد « لو قال : أعتقد أنه ملكه الآن بالاستصحاب في قبوله إشكال ، وفي كشف اللثام « من أنه تصريح بمستند الشهادة بالملك في الحال ، إذ لا طريق إلى العلم، فكما تسمع مع الإهمال تسمع مع التصريح،

وهو خبرة التحرير ، ومن أنه ربما انضم إلى الاستصحاب أمور آخر تقوى بقاء الملك حتى يكاد يحصل العلم به ، وهو الأقوى .

وفي المسالك « الحق أن إطلاق الشهادة بالملك القديم لا تسمع ، لعدم التنافي بين كونه ملكاً له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم وإن كان الشاهد يعلم بذلك ، بل لابد من إضافة ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال ، وذلك بتحقيق بهذه الصيغ وإن كان الاختصار على ما لا يشمل على التردد أولى .

قلت : لا مدرك للمسألة بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهادة عرفاً ، فلا حكم للمشكوك فيها فيه فضلاً عن غيرها ، ولا ريب في عدم صدق الشهادة بالملك في الحال بمجرد الشهادة على قدم الملك ، بل قد يشك في صدقها مع التصريح بالاستصحاب ، بل ومع قوله : « لا أعلم له مزيلاً » فضلاً عن قول : « لا أدري زال أم لا » وجواز الشهادة بالاستصحاب لا يقتضي تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه ، وإنما المعلوم كونها شهادة عرفاً قوله : « هو ملكه في الحال » ولعله لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بإرادة تحقيق الملك الحال من قوله : « لا أعلم له مزيلاً » نحو القول إن هذا الأمر قطعي لا أعلم فيه مخالفاً ففي الحقيقة هو شهادة على عدوان اليد المعارضة .

ومنه حيثل يعلم عدم انتزاع المال ممن في يده بيينة أنه لغيره سابقاً ، ولا أعلم له مزيلاً على إرادة عدم العلم حقيقة لا العلم بالعدم إلا بناءً على انتزاعها منه بالاستصحاب ، وتستسمع الكلام فيه عند تعرض المصنف له في المسألة الخامسة .

وما عساه يظهر من بعض الناس - من الإجماع على كون الشهادة المزبورة كالشهادة على الملك في الحال في الانتزاع بها ، بل مرجع الأخيرة إلى الأولى عند التحليل ، ضرورة عدم الإحاطة بأسباب الانتقال التي منها

ما يقع بين المالك وبين نفسه من دون إطلاع أحد، وحيتل فادل على الأخذ بشهادة العدلين من قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة على المدعي » شامل للصورتين ، بل محل البحث منها هي الغالبة ، لندرة البينة المطلقة على العدم - لم أنحققه ، فان تمّ كان هو الحجة وإلا فالمسألة ، محل نظر ، والظاهر عدم تمامته حيث يراد قيامها على مال في يد مسلم ، نعم ربما يقال بتمامته حيث لا تكون يد ، كما في خبر حمران (٢) المشتل على دعوى ملكية جارية بنت سبع سنين ، فلاحظ .

بل قد يقال بعدم جواز الشهادة بالاستصحاب المعارض باليد التي لم يعلم فسادها وإن جوزناها به مع عدم المعارضة ، كما تجوز باليد وغيرها من الأمارات الشرعية ، فتأمل جيداً .

هذا وفي كشف اللثام وللشيخ في كل من الخلاف والمبسوط قولان إذا لم يقيد به بأحدى العبارتين أي الملك في الحال أو لا أعلم له مزيلاً ، وكان وجه عدم اعتبار التقييد أنه إذا ثبت الملك استصحاب إلى أن يظهر المزيل ، واستوجهه في محكي التحرير ، وهو كذلك إذا لم تعرضه يد أو غيرها مما تقتضي انقطاعه .

ولكن لا يخفى عليك خروج ذلك عما نحن فيه الذي هو الشهادة بالملك الحالي لا استصحاب المشهود به الذي هو الملك السابق وأحدهما غير الآخر ، ضرورة أن الأخير عمل باستصحاب المشهود به لا بالشهادة عليه وفرق واضح بينهما . هذا كله في الشهادة بالملك السابق .

أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ففي القواعد ثبت الاقرار ، واستصحاب موجه وإن لم يتعرض الشاهد للملك الحالي ، وفي كشف اللثام « كما إذا

(١) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٥ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٩ .

سمعتنا نحن منه الاقرار حكمتنا بالملك للمقر له إلى ظهور المزيل ، والفرق بين ثبوت الملك بالاقرار وثبوتة بالبينة ظاهر ، وفيه نظرياتي الكلام فيه عند تعرض المصنف .

وكيف كان فقد ظهر لك الحال في الترجيح بزيادة التأريخ وكذا ﴿ بزيادة غيره .

أما ﴿ الشهادة بالملك ﴾ فلا ريب أنها ﴿ أولى من الشهادة باليد لأنها محتملة ﴾ للملك وغيره وإن كانت ظاهرة فيه لكن مع عدم معارضة الصريح فيه ، إذ من المعلوم عقلاً ونقلاً عدم معارضة الظاهر للنص ، ولذا لم تعارض اليد الفعلية الحسية البينة على الملك فعلاً ، كما هو المعلوم من قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة على المدعي » وغيره ، فضلاً عن اليد الثابتة بالبينة

﴿ وكذا الشهادة بسبب الملك ﴾ من شراء ونحوه ﴿ أولى من الشهادة بالتصرف ﴾ الذي يكون عن ملك وعن وكالة وعن غيرها وإن كان هو ظاهراً في الأول ، لكن مع عدم معارضة الصريح فيه ، نحو ما سمعته في اليد الذي ما نحن فيه قسم منها في الحقيقة ، ومن هنا تقدم البينة المزبورة على التصرف المحسوس فعلاً فضلاً عن الثابت بالبينة ، بل الظاهر كون الحكم كذلك وإن لم تشتمل بينة الملك على السبب ، إذ العلة جارية فيها ، كما هو واضح .

وبذلك ظهر لك أن مقصود المصنف وغيره عدم التعارض بين بينة الملك أو اليد والتصرف حيث يتعلقان بمورد واحد ، كما لا تعارض بينة التقديم للأقدم والحادث للتقديم .

هذا ولكن في المسالك بعدما ذكر نحو ما ذكرنا « ولا فرق على

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ه .

هذا التقدير بين تقديم تأريخ شهادة اليد - بأن شهدت أن يده على العين منذ سنة ، وشهدت بينة الملك بتأريخ متأخر أو بأنه يملكه في الحال - وتأخره ، لاشتراك الجميع في المنتضى ، وهو احتمال اليد بخلاف الملك ، وفي هذه المسألة قول بتقديم اليد على الملك القديم ، وسيأتي الكلام فيه . وهو كما ترى ، ضرورة أجنية ذلك عما نحن فيه ، وهو ما عرفت من إرادة بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقها بمورد واحد ، لا أن المراد عدم معارضة اليد الفعلية للملكية السابقة المختلف متعلق كل منهما ، نعم في معارضة اليد لاستصحاب الملك السابق بحث تسمع الكلام فيه إنشاء الله في المسألة الخامسة ، وهو غير ذلك .

المسألة الثالثة :

﴿ إذا ادعى شيئاً ﴾ في يد آخر ﴿ فقال المدعى عليه : هو فلان اندفعت عنه المخاصمة ﴾ فعلاً ﴿ حاضراً كان المقر له أو غائباً ﴾ وسواء قال : هو وديعة عندي أو عارية أو لم يقل ، لعدم يمين له عليه ، إذ لا يحلف على مال لغيره .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ إن قال المدعي : أحلفوه أنه لا يعلم أنها لي توجهت اليمين ﴾ عليه كما في القواعد وغيرها ، بل هو أحد قولي الشيخ على ما قيل ﴿ لأن فائدتها الغرم لو امتنع ﴾ عنها وأحلف المدعى ، لحيلولة حيثلد بين المالك وماله باقراره ﴿ لا القضاء بالعين لو نكل أو رد ﴾ لصبرورتها مال الغير بالاقرار السابق الذي لا يبطله الاقرار اللاحق فضلاً عما كان يحكمه .

﴿ وقال الشيخ : لا يحلف و ﴾ ذلك لأنه ﴿ لا يفرم لو نكل ﴾

بل أو أقر للمدعي ، لعدم صدق الائتلاف بذلك شرعاً .
 ﴿ والأقرب ﴾ عند المصنف وغيره ﴿ أنه يفرض ، لأنه حال بين المالك
 وبين ماله بإقراره لغيره ﴾ فهو كالمثلف نحو ما تسمعه في ضمان شاهد الزور .
 هذا ولكن في المسالك بعد أن فرّع توجه الدعوى على القول بالفرض
 بإقراره اللاحق قال : « وإن قلنا لا - وهو أحد قولي الشيخ - فإن قلنا
 النكول وردّ اليمين كالإقرار لم يحلفه ، لأنه وإن أقر أو نكل وحلف
 المدعي لا يستفيد شيئاً ، وإن قلنا كالبيّنة فله التحليف ، لأنه قد ينكل
 فيحلف المدعي ، فإذا حلف وكانت العين تالفة أخذ القيمة » .

وفيه - بعد الاغماض عما في تقييده بتلف العين - أن غاية ذلك كون
 اليمين المردودة كالبيّنة على إقراره مع علمه بكونه للمدعي ، والفرض
 عدم اقتضاء ذلك الفرض لو أقرّ به هو ، وليس هو بينة على كون المال
 له ، ضرورة كون الدعوى علمه بالمال (بالحال خ ل) فهي تكون
 كالبيّنة على ذلك ، ولا تزيد على الإقرار المفروض عدم الفرض به كما هو
 واضح ، ولذا جكي عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير
 المزبور ، فتأمل .

﴿ ولو أنكر المقر له حفظها الحاكم ﴾ بعد أن ينتزعها منه ،
 ﴿ لأنها خرجت عن ملكه ﴾ أي ﴿ المقر ﴾ ولم تدخل في ملك المقر له
 و ﴿ حيثل فـ ﴾ ﴿ سلو أقام المدعي بينة ﴾ وارو شاهداً وبعيناً على
 أنها له ﴿ قضي ﴾ بها ﴿ له ﴾ أما إذا لم تكن له بينة فلا يقضي بها له .
 واحتمل في القواعد دفعها إليه بلا بينة ولا يمين ، لعدم المنازع له
 فيه ، وهو بعيد ، لكونها في يده .

وأبعد منه ما عن بعض العامة من أنه يقال للمقرّ إنك نفيت أن
 تكون لك وقد ردّه المقر له ، فإن لم تقرّ به لمعروف تنصرف الخصومة

إليه أو تدعيه لنفسك وإلا جعلناك فاكلاً ، وحلف المدعي واستحق ، إذ لا ينفي عليك ما فيه .

وهن التحرير احتمال تركها في يد المقر إلى قيام حجة ، لأنه أقر الثالث ، وبطل إقراره ، فكأنه لم يقر ، وفيه أن بطلانه بالنسبة إلى تملك المقر له لا بالنسبة إلى نفيها عنه ، كما هو واضح .

وإن رجع المقر له عن إنكاره وصدق المقر في كونه له فمن التذكرة أن له الأخذ عملاً باقرار المقر السالم عن إنكاره ، لزوال حكمه بالتصديق الطارئ فتعارضاً وبقي الاقرار سالماً عن المعارض ، وتردد فيه في محكي التحرير ، وفيه منع زوال حكمه بذلك بالنسبة إلى نفيه عنه ، ومن هنا لو رجع ذو اليد فقال : غلطت بل هو لي لم يقبل منه ، كما عن الكتابين المزبورين الاعتراف به بناءً على انتزاع الحاكم ، لخروجه عن يده وأخذه باقراره الأول ، والله العالم .

ثم الحكم في المقر له الغائب كالحكم في الحاضر بالنسبة إلى تصديقه وتكذيبه ، وللمدعي إقامة البينة وأخذه قبل معرفة حاله ، ولكن هو من الحكم على الغائب ، فينبغي مراعاة شروطه السابقة كما له أيضاً لإحلافه على عدم العلم ، نحو ما سمعته في الحاضر .

نعم في القواعد إذا نكل وحلف المدعي فهل ينتزع العين أو يفرم له ؟ الأقرب الثاني ، وعلى الأول إن رجع الغائب كان هو صاحب اليد فيستأنف الخصومة معه ، ولو كان للمدعي بينة فهو قضاء على الغائب يحتاج إلى يمين ، ولو كان لصاحب اليد بينة على أنه للغائب سمعت إن أثبت وكالة نفسه ، وقدمت على بينة المدعي إن قلنا بتقديم بينة ذي اليد ، وإن لم يدع وكالةً فالأقرب السماع وإن لم يكن مالكاً ولا وكيلًا ، لدفع اليمين عنه ، ولو ادعى رهناً أو إجارة سمعت ، فان سمعنا لصرف

اليمن قدمت بينة المدعي في الحال ، وإن سمعنا لعلقة الاجارة والرهن في تقديم بينته أو بينة المدعي إشكال .

وهو جيد إلا دعوى دفع اليمن عنه بالبينه المزبورة التي لا وجه لاقامتها منه مع فرض عدم كونه وكيلًا ولا صاحب حق وإن قلنا بانتفائه بها لو أقامها المقر له في دفع اليمن عنه من حيث الاقرار الذي لا حيولة به في الفرض بناءً على ثبوت المال بالبينه ، وأما ما ذكره من الاشكال فالأقرب أنها معاً خارجان ، والله العالم .

ولو أقر بها لمن يمتنع مخاصمته وتحليفه كما لو قال : هي وقف على الفقراء ، أو على مسجد ، أو على ابني الطفل ، أو هي ملك له انصرفت الخصومة عنه ، ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا الطفل ، ولا تقفي إلا البينة .

وفي المسالك : وإذا قضى له الحاكم بالبينه وكان الاقرار لطفل كتب الحاكم صورة الحال في السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ .

قلت : قد يقال : بعدم الحجة له لوجود وليه القائم مقامه الذي هو أولى من الوكيل ، فتأمل . هذا كله إذا أقر بها لمعيّن .

﴿ أما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول ﴾ فقال : هي ليست لي ولكن لمن لا أسميه في القواعد وغيرها ﴿ لم تندفع الخصومة ﴾ عنه ﴿ وألزم البيان ﴾ أو الاعتراف للمدعي قيل أو الادعاء لنفسه .

وفيه أنه مناف لاقراره الأول ، كما أنه قد يناقش في أصل عدم اندفاع الخصومة عنه بعد الحكم شرعاً بانتفاء المال عنه ، وحيث أنه يأخذه الحاكم منه وينحصر إثباته للمدعي بإقامة البينة عليه .

ولو قال المدعي للعين : هي وقف عليّ وأقر بها من هي في يده لآخر وصدقه فقد عرفت انصراف الخصومة عنه ، لكن في المسالك في

إحلافه هنا وإن قلنا به في غيره وجهان ، من حيث إن المدعي قد اعترف بالوقف والوقف لا يعتاض عنه ، ومن أنه مضمون بالقيمة عند الائلاف والحيلولة في الحال كالائلاف ، وهذا أقوى .

المسألة الرابعة :

﴿ إذا ادعى مدعى أنه ﴾ مثلاً ﴿ قد ﴾ أجره الدابة ﴿ المعينة لمن هي في يده مدة معينة ﴾ وادعى آخر أنه أودعه ﴿ أو أعاره ﴾ إياها ﴿ في المدة المزبورة ﴾ تحقق التعارض مع ﴿ فرض ﴾ قيام البيتين بالدعويين ﴿ وعدم تصديق من هي في يده لأحدهما لموته أو عدم حضوره أو غير ذلك ﴾ وعمل بالقرعة مع ﴿ فرض ﴾ تساوي البيتين في عدم الترجيح ﴿ بشيء من المرجحات السابقة ، فيحلف من خرجت القرعة باسمه ، فإن نكل حلف الآخر وإن نكلا قسمت العين بينهما نصفين ، إذ هي حينئذ من دعوى الملك بدعوى اليد والتصرف من كل منها ، فيجري فيها الحكم السابق ، ولا تكون المسألة حينئذ من مسألة الاختلاف في العقود كي ينبغي للمصنف ذكرها في الفصل الثاني ، بل هي من الاختلاف في الأملاك حينئذ ، ولذا ذكرها في فصله .

وأصرح منها عبارة الارشاد ، قال : « ولو أقام بينة بإيداع ما في يد الغير منه وآخر بينة باستئجار القابض منه أقرع مع التساوي » ومثلها عبارته في التحرير ، وبما ذكرناه شرحها في مجمع البرهان إلى أن قال : « وإن نكلا يمكن الحكم بالقسمة كما مر » ، ويحتمل ترجيح من صدقه المنشب ، وأن للآخر تحليفه على عدم العلم بأنه له ، بل لكل واحد على تقدير دعوى العلم وإنكاره يمكن تحليفه .

قلت : لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه سابقاً بعد أن كان ما نحن فيه منه . هذا وفي المسالك في شرح العبارة « المراد أن الدابة في يد المدعى عليه ، والمدعيان خارجان فادعى أحدهما أنه أجراها من صاحب اليد وادعى الآخر أنه أودعه إياها ، فإن لم يبقا بينة حكم بها لمن يصدقه المتشبه ، وإن أقام كل منهما بينة بدعواه تحقق التعارض بين البيتين مع الاطلاق أو اتحاد التاربخين ، وحينئذ ف يرجع إلى ترجيح إحدى البيتين بالعدالة أو العدد ، فإن انتفى فالقرعة ، ولو تقدم تأريخ إحداهما بني على الترجيح به وعدمه ، وقد تقدم نظيره في الملك وسيأتي مثله ، وقد كان ذكر هذه المسألة في المقصد الثاني أولى ، لأن الاختلاف فيها اختلاف في العقود .

وفيه - مع أن ظاهره عدم العبرة بتصديق المتشبه مع قيام البيتين - أنه قد جعل المسألة من الاختلاف في العقود الذي معناه اختلاف فيها مع الاتفاق على المالك ، وهو غير ما ذكرناه ، على أن قوله أولاً : « في يد المدعى عليه » يقتضي كون الدعوى منها عليه ، مع أن المسألة في الدعوى بينها مع قطع النظر عن في يده ، فتأمل .

نعم هي في القواعد مفروضة في اختلاف العقود ، قال : « ولو ادعى استئجار العين وادعى المالك الأيداع تعارضت البيتان وحكم بالقرعة مع تساويهما » وشرحها في كشف الثام فقال : « ولو ادعى استئجار العين وادعى المالك الأيداع فكل منهما يدعي عقداً مخالفاً لما يدعيه الآخر وإن تضمن الأول تسلط ذي اليد على المنافع دون الثاني ، فإذا أقام كل منهما بينة تعارضت البيتان ، وحكم بالقرعة واليمين مع تساويهما فيما عرفت ، ومع نكولهما يقتسمان المنافع بانقسام المدة أو العين في تمام المدة » .
وفيه ما لا يخفى حتى دعوى القسمة بينهما على الوجه المزبور ، ومن

هنا قال : « والأقوى أن القول قول المالك والبينة بينة الآخر ، للاتفاق على أن العين والمنافع ملك له ، فمن يدعي الاستئجار يدعي تملك المنافع وهو ينكره ، وقد روي عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (١) « في الثوب يدعيه الرجل في يدرجل فيقول الذي هو في يديه : هو لك عندي رهن ، ويقول الآخر : هو لي عندك ودیعة ، قال : القول قوله ، وعلى الذي في يديه البينة أنه رهن عنده » ويحتمل العكس بعيداً بناءً على أنه ذو يدٍ واليد كما ترجح ملك العين ترجح ملك المنفعة » انتهى . وهو جيد لكن ينبغي بناء المسألة على تقديم بينة الداخل والخارج .

وكيف كان لما ذكره المصنف بناءً على ما عرفت غير مفروض القواعد وإن أبيت عن تفسير المتن بما سمعت ، لعدم مدخلية اختلافها في الاجارة والايدياع في ذلك ، ضرورة مساواته لما إذا ادعى كل منها الاجارة أو الوديعة ، إذ المراد بيان كونها له بذلك . فالمتجه حينئذ تفسيرها بآرادة بيان التداعي بين المدعين الخارجين مع قطع النظر عن المالك لغية مثلاً أو غيرها ، فقال أحدهما : إن المالك قد آجرها لي سنةً مثلاً وقال الآخر : إن المالك أودعنيها أو أعارنيها السنة المزبورة وأقام كل منها بينةً واتخذ تأريخها وعددها وعدالتها بقرع بينهما ، إلا أن الظاهر كونها قرعة تعيين لا لليمين ، إذ القول بالتنصيف بينهما على الوجه الذي سمعته من الفاضل في دعوى المالك وغيره واضح الضعف ، لعدم مساعدة الأدلة عليه ، وأقرب منه القول على تقدير البمين وقوف الدعوى مع نكولها وعدم الحكم بصحة دعوى أحد منها ، والله العالم .

المسألة الخامسة :

﴿ لو ادعى داراً ﴾ مثلاً ﴿ في يد انسان وأقام بينة أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر قبل ﴾ كما عن الاسكافي والشيخ في محكي المبسوط والخلاف: ﴿ لا تسمع هذه البينة ﴾ بل ﴿ وكذا لو شهدت له بالملك أمس ، لأن ظاهر اليد الآن الملك ﴾ فعلاً ﴿ فلا تدفع بالمتحمل ﴾ وهو اليد والملك السابقان ، ولعدم تطابق الشهادة والدعوى التي هي الملك الآن ، والاستصحاب مقطوع بظاهر اليد .

﴿ وفيه إشكال ، ولعل الأقرب القبول ﴾ عند المصنف كما هو أحد قولي الشيخ أيضاً ، لأن اليد الحاضرة وإن كانت دليل الملك لكن السابقة المستصحة والملك السابق كذلك أولى ، لمشاركتها لما في الدلالة على الملك الآن وانفرادهما بالزمن السابق ، فيكونان أرجح ، والحكم باستصحابها أوجب المطابقة بين الدعوى والشهادة ، ولأن الثابت من اقتضاء اليد الملكية فعلاً حال عدم ما يعارضها ولو استصحب يدعيه الخصم ، ولذا صرح غير واحد بانتراع العين من يد من أقر بأنها ملك المدهي أمس .

بل في الكفاية : وفي كلامهم القطع بأن صاحب اليد لو أقر أمس أن الملك له أو شهدت البينة باقراره له أمس أو أقر بأن هذا له أمس قضى به له ، وإن استشكل هو في إطلاق ذلك .

ودعوى ظهور الفرق بين ثبوت الملك بالاقرار وبين ثبوته بالبينة كما سمعته سابقاً من كشف اللثام كما ترى .

وكان عبارة الفاضل في القواعد لا يخلو من تدافع في الجملة ، حيث

ج ٤٠ (هل تقبل البينة على الملك السابق لو عارضت اليد ؟) - ٤٥٣ -

قال في المسألة : « ولو شهد أنه كان في يد المدعي بالأمس قبل ، وجعل المدعي صاحب يد ، وقيل : لا يقبل لأن ظاهر اليد الآن الملك ، فلا يدفع بالمحتمل ، نعم لو شهدت بينة المدعي أن صاحب اليد غصبه أو استأجرها منه حكم له ، لأنها شهدت بالملك وسبب يد الثاني ، وقد قال سابقاً : « ولو شهدت البينة بأن الملك له بالأمس ولم يتعرض للحال لم تسمع إلا أن تقول : وهو ملكه في الحال أو لا تعلم له مزيلاً ، ولو قال : أعتقد أنه ملكه بالاستصحاب فني قبوله إشكال ، أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الاقرار واستصحاب موجه وإن لم يتعرض الشاهد للملك الحالي ، ولو قال المدعي عليه : كان ملكك بالأمس انتزع من يده ، فيستصحب بخلاف الشاهد ، فانه عن تخمين ، وكذا يسمع من الشاهد لو قال : هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعي عليه ، أو أقر له المدعي عليه بالأمس ، لأنه استند إلى تحقيق » .

ومثلها عبارة الارشاد قال : « ولو شهدت بملكه في الأمس لم تسمع حتى تقول : وهو ملكه في الحال أو لا أعلم زواله ، ولو قال : لا أدري زال أم لا لم يقبل ، أما لو قال هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعي عليه أو أقر له به أو غصبه من المدعي أو استأجره منه قبل ، ولو شهد بالاقرار الماضي ثبت وإن لم يتعرض للملك في الحال ، ولو قال المدعي عليه : كان ملكك بالأمس انتزع من يده ، ولو شهد أنه كان في يده أمس ثبتت اليد وانتزعت من يد الخصم على إشكال » .

وفي غاية المراد التصريح باختيار المصنف وكذا المفاضل في المختلف واقتصر في الدروس على نقل القولين من دون ترجيح ، ولعل الوجه في ذلك منهم ما أشرنا إليه سابقاً من عدم الحكم بالشهادة حتى يضيء إليها ما يقتضي الشهادة بالحال ، أما مع عدم ذلك فليس إلا الاستصحاب ،

وهي المسألة التي اختلف فيها كلام الشيخ .

وعلى كل حال فقد احتج في المختلف على مختاره بما حاصله أنه قد بينا تقديم البينة التي تشهد بالملك القديم على البينة التي تشهد بالملك الحادث ، وهو مما لا يجتمع مع القول بعدم الحكم بسبق اليد التي هي دليل ظاهر على الملكية ، فاذا ثبت بالبينة أو بالاقرار سبقها فقد ثبت دليل الملك ، وثبت دليل الملك يقتضي ثبوت مدلوله ، وإلا لم يكن دليلاً ، وقد عرفت تقديم بينة قدم الملك ، ثم حكى عن الشيخ الاحتجاج بأعمية اليد السابقة من الملكية ، وأجاب بمنع ذلك ، فإن اليد مع عدم دليل ينافي الملكية دليل عليها ، وإلا لجاء ذلك في اليد المتأخرة أيضاً .

وفي المسالك بعد أن ذكر القولين ومختار المصنف منهما ودليله قال :
« وقد تقدم البحث فيه ، والفرق بين هذه والسابقة الموجب لاعادة البحث أن المعارضة في هذه بين اليد المتحققة والسابقة الثابتة بالبينة والملك السابق كذلك ، والسابقة وقع فيها التعارض بين البيتين الدالة إحداهما على اليد في الحال مع عدم ظهورها في غيره والأخرى على الملك السابق فلا تعرض فيها للمعارضة بين اليد السابقة والحالية ، وقد تأكد من إطلاقه الحكم هنا وفي السابقة تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الآن أو عدم المزيل أن إضافة ذلك غير شرط ، وإلا صح اشتراط إضافة ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال ، لما بيناه من عدم المناقاة بين علمه بالملك وشهادته به مع انتقاله عن المالك الآن » .

وهو من غرائب الكلام ، كما أشرنا إليه سابقاً ، ومقتضاه موافقة المصنف على القول مع إضافة ما يعلم منه عدم علم الشاهد بالملك أمس بالانتقال ، وبالجمل لا يخفى على من تأمل كلمات الجميع ما فيها من الخلط والجهل في موضوعات المسائل ، إذ من المعلوم أن المراد في المسألة السابقة

التي قدّمنا فيها بينة الملك القديم على بينة الملك الحادث كون كل من البيتين تشهد بالملك فعلاً للمال الخارج عنها ويتعارضان في ذلك ، ولكن إحداها تشهد مع ذلك بملك سابق لا تعارضها الأخرى فيه ، فترجح حينئذ أو يبقى استصحابه مالمّا من المعارض ، وهذه غير الشهادة بالملك أمس فقط أو باليد السابقة الدالة عليه ، فانه ليس إلا استصحاب ذلك ، وهو لا يصلح معارضاً لما تقضي به اليد الحالية من الملك فعلاً ، إذ هو وارد على الاستصحاب وقاطع له ، فلا مدخلية لهذه المسألة في تلك .

نعم لو قلنا بكون اليد أمانة على الملك في الجملة لا مطلقاً أشكل الحال حينئذ ، ولكنه ظاهر الأصحاب ، ويمكن استفادته أيضاً من التأمل في النصوص ، خصوصاً الخبر (١) المشتمل على جواز الشهادة باليد والقسم على ذلك وإلا لم يقم للمسلمين سوق وغيره (٢) وبذلك مضافاً إلى ما تقدم لنا ظهر لك الحال في المسألة ودليها وما في الكلمات المزبورة . وأما ما سمعته من الفرق بين الاقرار وغيره فالمسلم منه إن لم يكن إجماعاً ما إذا بقيت العين في يد المقر ولم يعلم بتجدد يد أخرى له ، فان الظاهر حينئذ أخذه باقراره الرافع لحكم استدامة يده السابقة مع فرض عدم العلم بتجدد يد غيرها ، والأصل عدمها ، أما لو كان قد أقر بها ودفعها إلى المقر له ثم وجدت في يده المقتضية كونه مالكاً لها فان انتزاعها من يده لاستصحاب الاقرار السابق محل إشكال بل محل منع ، ضرورة عدم الفرق بينه وبين انتزاعها باستصحاب الملك السابق الثابت بالبينة الذي قد عرفت علمه .

وبذلك يظهر لك الوجه بانتزاعها منها باقراره بالغصبية أو الاستحجار أو نحوهما ، لأصالة عدم يد أخرى غير الي صادفت لإقراره ، وحينئذ

(١) و (٢) الرسائل - الباب - ٢٥ - من ابواب كفية الحكم - الحديث ٢ - ٠٠ -

طالبان ذلك ، فلاحظ انطباقه على ما في العبارات السابقة ، هذا كله مع شهادة البينة بملكه سابقاً فقط .

﴿ أما لو شهدت ﴾ أي ﴿ بينة المدعي ﴾ مع ذلك بـ ﴿ أن صاحب اليد خصمه أو استأجره حكم بها ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ لأنها شهدت بملك وموجب يد الثاني ﴾ والأصل عدم تجديد يد أخرى غير الأولى له ، كما أن الأصل عدم تجديد سبب غير حكم الاستدانة للابتدائه ﴿ و ﴾ هو وانفتح .

كوضوح الحكم فيما لو ﴿ قال : خصمني إيها وقال آخر : بل أقر لي بها وأقام البينة خصمي ﴾ بها ﴿ للمغضوب ﴾ الذي شهدت بينته له بالملك وسبب يد المتثبت وأنها حارية في مجموع وقتها ، وحيث لا يكون إقراره للخبر بها في زمن اليد إقراراً بيمين مفضوعة فلا ينفذ ﴿ ولم يضمن المقر ﴾ للمقر له شيئاً ﴿ لأن الحلولة لم تحصل بإقراره ﴾ لآخر ﴿ بل بالبينة ﴾ التي يزعم أنها ظالمة ، والله العالم .

﴿ المقصد الثاني ﴾

من المقاصد الأربعة

﴿ في الاختلاف في العقود ﴾

﴿ إذا اتفقا ﴾ المؤجر والمستأجر ﴿ على استئجار دار معينة شهراً معيناً واختلفا في الأجرة ﴾ فاما أن يعدما البينة أو يجدها أو يجدها أجزءاً خاصة ، وعلى التقديرات فالاختلاف إما بعد استيفاء المدة أو في

أنائها أو ابتدائها ، فيكون الصور حينئذ تسعة ، فإن ههما البينة فالقول قول المستأجر بيمينه في صوره الثلاثة على المشهور ، بل من التذكرة نبيه إلى علمائنا ، لحصول عنوان المدعى عليه والمنكر فيه كحصول وصف للمدعى المؤجر ، فهما حينئذ بمنزلة ما لو ادعى عليه عشرة دنانير وأمر له بخمسة ، فإن القول قوله في نفي الزائد بغير إشكال .

خلافاً للشيوخ في المحكي عن مبسوطه فالتحالف ، ونبيه عليه بعض المتأخرين ، نظراً إلى أن كلاً منها مدعي ومدعى عليه ، لأن العقد المتشخص بالعشرة غير العقد المتشخص بالخمسة ، فيكون كل منهما منع لعقد غير العقد الذي يدعيه الآخر ، وهذا يوجب التحالف حيث لم يتفقا على شيء ويختلفان فيما زاد عليه ، فإذا تحالفا حينئذ انسخ العقد بحكم الحاكم ، ورجع المؤجر بأجرة المثل للمنفعة المستوفاة كلاً أو بعضاً وإلا فلا شيء له .

وضعه في المسالك وغيرها بأن العقد لا نزاع بينهما فيه ، ولا في استحقاق العين المؤجرة للمستأجر ، ولا في استحقاق المقدار الذي يعترف به المستأجر ، وإنما النزاع في القدر الزائد ، فيرجع فيه إلى عموم الخبر (١) ولو كان ما ذكره من التوجيه موجباً للتحالف لورد في كل نزاع على حق مختلف المقدار ، كما لو قال : أقرضتك عشرة فقال : بل خمسة ، فإن عقد القرض المتضمن أحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر ، وكما لو قال : أبرأتني من عشرة من جملة الدين الذي عليّ فقال : بل خمسة ، فإن الصيغة المشتملة على أحدهما غير الأخرى ، وهكذا القول في غيره ، وهذا مما لا يقول به أحد ، والحق أن التحالف إنما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر ويختلفان في الزائد عنه ، كما لو قال المؤجر : آجرك

(١) الرسائل - الباب ٣ - من إبراهيم كولية الحكم .

الدار شهراً بدينار فقال ، بل بثوب ، أو قال : آجرتك هذه الدار بعشرة فقال : بل تلك الدار ، ونحو ذلك . أما في المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح .

قلت : قد يقال : إن المتجه التحالف إذا فرض كون مصب الدعوى منها في تشخص العقد الذي هو سبب الشغل ، إذ لا فرق في مشخصاته بين زيادة الثمن ونقصانه وبين غيرها من الشخصيات ، نعم لو كانت الدعوى بينها في طلب الزائد وإنكاره وإن صرحا بكون ذلك من ثمن الاجارة كان المؤجر حينئذ المدعي والمستأجر المنكر بخلاف الأول الذي لا يشخص الأصل أحدهما ، إذ كل منهما أمر وجودي والأصل عدمه ، والفرض أنه شخص واحد لا شخصان .

وفرق واضح بين ذلك وبين دعوى القرض والابراء اللذين يتصور فيها تعدد عقد القرض والابراء ، إلا أن يفرض اتفاقهما على صيغة واحدة واختلفا فيما تضمنته ، فإن المتجه حينئذ التحالف ، ولكن نتيجه فيها عدم ثبوت الزيادة المدعاة للمقرض ومدعي الابراء ، بخلاف المقام الذي يرجع إلى أجرة المثل التي قد تخالف الزيادة المدعاة ، وبذلك يمكن عود النزاع لفظياً . واحتمال القول بأنه مدع ومنكر حتى على الفرض المزبور باعتبار موافقة دعوى النقيصة لأصل البراءة يدفعه أن ذلك الشخص ليس مقتضى أصل البراءة ، كما أنه يدفع القول بأن ضابط التحالف عدم اتفاقهما على قدر متفق عليه . وهو خلاف الفرض . أن النقيصة ليست قدراً متفقاً عليها في العقد الذي هو محل النزاع ، ضرورة أن الخمسة فيه ليست جزءاً من العشرة في التقدير الآخر ، وإنما يتصور ذلك فيما لو اتفقا على ذكر مقدار مخصوص في العقد واختصما في عطف أمر زائد عليه ، لا في مثل المقام الذي محل النزاع فيه أن عقد الاجارة المشخص هل كان لفظ الثمن فيه

خسة أو عشرة ، كما هو واضح وقد أشرنا إل ذلك في كتاب البيع (١) مع الاختلاف في الثمن لو لا النص المخصوص فيه ، فلاحظ وتدبر .
 ألهم إلا أن يقال : إن ذلك كله لا ينافي الاتفاق على شغل الدمة بمعنى الخمسة الذي هو قدر مشترك بين لفظها ولفظ العشرة مثلاً ، ضرورة تحقق شغل الدمة بذلك على كل من التقديرين ، فلا يتحقق موضوع التحالف ، نعم قد يمنع انحصار موضوعه في ذلك ، وإنما العمدة فيه العرف الصادق في الفرض أن كلا منها مدعى ومدعى عليه ، فتأمل .

هذا وعن موضع من الخلاف القرعة مع اليمين ، ولعله لإشكال الحال عليه في أنه من التداعي أو من المدعي والمنكر وإن كان فيه أنه لا إشكال بحسب الاجتهاد فيه على ما ذكرناه ، بل وعلى غيره أيضاً .
 ولم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا معاً بعدها ، فهل تقسم الزيادة بينهما أو يوقف الحكم ، وفي الثاني إشكال مع فرض استيفاء المنفعة بل والأول ، لعدم شمول داليل التنصيف لها ، خصوصاً مع كون نزاعها في العقد الذي هو غير قابل للقسمة لا فيها نفسها ، وقد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الأمرين من أجرة المثل المفروض . كونها أقل مما يدعيه المؤجر ومن المسمى الذي يدعيه المستأجر على الثاني ويحتمل القرعة بلا يمين ، هذا كله مع عدم البينة لأحدهما .

﴿ و ﴾ أما إذا ﴿ أقام كل منهما بينة ﴾ بما قدره ﴿ في دعواه ﴾ فإن تقدم تأريخ إحداهما ﴿ للعقد ﴾ بأن قال وقع في شهر رمضان مثلاً والآخر في شوال ﴿ عمل به ﴾ ، لأن ﴿ العقد ﴾ الثاني يكون باطلاً ﴿ بعد اتفاقهما على عدم الإقالة ﴾ .

﴿ وإن كان التأريخ واحداً ﴾ أو كانت البيتان مطلقتين ، بل أو

إسدادها مطلقة والأخرى مؤرخة ، لعدم مدخلية جهل التاريخ هنا ، كما هو واضح ﴿ تحقق التعارض ، إذ ﴾ الفرض كون العقد واحداً ، و ﴿ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين ﴾ صحيحين ﴿ متنافيين ، وحيث ﴾ فليس مع فقد الترجيح بينها بالمرجحاة السابقة إلا أن ﴾ يقرع بينها ، ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه ﴾ للنصوص (١) السابقة ، فإن نكل حلف الآخر ، وإن نكلا معاً فقد عرفت الكلام فيه .

و ﴿ هذا اختيار شيخنا في المبسوط ﴾ وهو متجه في صورة التحالف مع عدم البيتين ، ضرورة حصول التعارض بين الشهادتين بعقدين متخالفين يكاديه كل منهما الآخر كالشهادة بعقدين على معينين كدرهم ودينار ، فإن استجار حين ألف في وقت يناقض استجارها بألفين في عين ذلك الوقت ، كما أن استجارها بدينار في وقت ينافي استجارها بدينار في ذلك الوقت بعينه ، بخلاف ما إذا شهدت بيته بأن عليه ألفاً وأخرى بأن عليه ألفين أو بيته بأبرائه من ألف وأخرى بأبرائه من ألفين ، كما اعترف بذلك كله في كشف اللثام ، وهو يؤيد القول بالتحالف مع عدمهما ومشتغل على الفرق بين المقام وبين القرض والإبراء اللذين سمعت الإيراد به من ثلثي الشهيدين .

﴿ وقال آخر ﴾ وهو الحلبي في عكي السرائر : ﴿ يقضى بيته للمؤجر ، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بيته ، إذ هو يخالف على ما في ذمة المستأجر ، فيكون القول قوله ، ومن كلن القول قوله كان البيته في طرف المدهي ، وحيث نقوله : هو ﴾ أي المؤجر ﴿ مدع زيادة ﴾ وقد أقام البيته بها ، فيجب أن تثبت ﴾ لأنه خارج ولا بيته للمستأجر ، لأنه داخل ، إذ المراد من الداخل والخارج في كلامهم المدهي والمنكر

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٥٦٠ و ٧ و ٨ .

لا خصوص ذي البد ومدعيه وإن كانت النصوص قد اشتهت عليه .
 ﴿ وفي ﴾ إطلاق ﴿ القولين تردد ﴾ بناءً على ما عرفته من
 اختلاف صورة الدعوى التي ينتج في إحداها ما ذكره الشيخ وفي الأخرى
 ما ذكره الحلبي بناءً على تقديم بينة الخارج ، وإن قلنا بتقديم بينة الداخل
 اتجه تقديم بينة المستأجر ، ومع فرض تساويها في ذلك يرجع إلى القرعة ،
 كما هو واضح . وأما إذا كانت البينة لأحدهما خاصة فلا ريب في القضاء
 بها له في صورة التحالف وللمدعي في الصورة الأخرى ، أما إذا أقامها
 المنكر فيها فلا عبرة بها بناءً على عدم بينة له مطلقاً .

﴿ و ﴾ مما تقدم يظهر لك الحكم في ما ﴿ لو ادعى استئجار
 دار ﴾ معينة مدة معينة بأجرة كذلك ﴿ فقال المؤجر : بل آجرتك
 بيتاً منها ﴾ وفي التحرير وكشف اللثام أو ادعى استئجارها شهرين
 بعشرة والمؤجر شهراً بها ، ضرورة اتحاد وجه البحث فيها ، ولما
 ﴿ قال الشيخ ﴾ فيها : ﴿ يقرع بينهما ﴾ نحو ما سمعته منه في السابقة
 أو بتحالفان على قوله الآخر .

﴿ وقيل ﴾ والقائل ابن إدريس في محكي السرائر : ﴿ القول قول
 المؤجر ﴾ نحو ما سمعته منه أيضاً في تقديم قول المستأجر في نفي الزيادة
 في الأجرة .

﴿ و ﴾ لكن في المتن هنا أن ﴿ الأول أشبه لأن كل واحد منهما
 مدع ﴾ مع تردده في القولين في السابقة ، على أن تعليقه يقتضي التحالف
 لا القرعة ، ولعله لظهور التداعي في المقام بخلاف الأول الذي مرجعه إلى
 دين في الذمة ، ولذا جزم في التحرير بالفرق بينهما . وعلى كل حال
 فلا يخفى عليك طرد ما تقدم هنا .

﴿ و ﴾ منه ما ﴿ لو أقام كل منهما بينة ﴾ تحقق التعارض مع

اتفاق للتأريخ ﴿ لو إطلاقها أو إطلاق إحداها وتأريخ الأخرى والتساوي في العدد والعدالة ، فيقرع بينهما على القول بالتحالف ، وتقدم بينة المستأجر على القول بكونه المدعي الخارج والمؤجر هو الداخل الذي لا بينة له . وفي كشف اللثام » في الأول يحكم بالقرعة مع اليمين ، فإن نكلا فالظاهر أن البيت لما اتفقا على إجارته فهو في إجارته إلى أن تمضي المدة ويقسمان الباقي نصفين ، ويسقط من الأجرة بالنسبة ، وكذا مع الاختلاف في الزمان يقسمان شهراً من الشهرين ، فنكون الدار عند المستأجر شهراً ونصفاً ، ويسقط من الأجرة ربعها ، وإن كان النزاع أو رفعه بعد مضي المدة وتصرف المستأجر في تمام الدار وتمام الشهرين يثبت للمالك في نصف غير البيت أو في نصف شهر أجرة المثل » .

وفيه أن المتجه في الأول ثبوت الأجرة مع قسمة ما فيه النزاع بالنصف . نعم يتجه أجرة المثل في الأخير ، لوقوع التصرف فيه بلا أجرة ، ويمكن القول هنا بالقرعة بلا يمين ، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته في المسألة الثانية ، بل لعله هنا أولى .

وفي الدروس » فإن اتحد التأريخ أعملنا أو أسقطنا أو أقرع مع اليمين » ولعل إعمالها بمعنى تقديم بينة الداخل أو الخارج ، وإسقاطها بمعنى الرجوع إلى الحكم مع عدم البينة كل على مختاره فيه ، وأما احتمال كون المراد بإعمالها بطلان الاجارة في البيت وصحتها في بقيته بالنسبة بعد تصويرها بإيقاع ذلك من الأصيلين والوكيلين فبعيد أو باطل .

﴿ ومع التفاوت ﴾ في التأريخ ﴿ يحكم للأقدم ﴾ وبطلان المتأخر ﴿ لكن ﴾ قد ذكر المصنف وغيره هنا أنه ﴿ إن كان الأقدم بينة البيت حكم باجارة البيت بأجرته وباجارة بقية الدار بالنسبة من الأجرة ﴾ وبطلان ما قابل البيت المقروض تقدم إجارته منها وصحة الباقي ، فلو كان

البيت يساوي نصف أجرة الدار صح في باقيةا بنصف الأجرة ، فيجتمع على المستأجر مجموع الأجرة للبيت الذي قد تقدم تأريخ إجارته ونصفها لبقية الدار ، فإذا فرض مثلاً أن الأجرة التي انفقها عليها عشرة لكن ادعى المستأجر أنها أجرة الجميع وادعى المؤجر أنها أجرة البيت وكان المتقدم تأريخ بيته البيت ثبت على المستأجر خمسة عشر في مقابلة المجموع عشرة أجرة البيت بينة المؤجر ، وخمسة في مقابلة باقي الدار بينته ، ولا ينافي ذلك خروجه عن دعواها التي هي وقوع عقد واحد منها وكون العوض فيه عشرة ، وإننا الاختلاف فيها تضمنته في مقابلة العشرة الدار أو البيت ، لأن الثابت في الشرع حجية بينتهما لا دعواها ، وقد إقتضنا ما عرفت ، فينبغي العمل به ، لاحتمال كونه الواقع وإن خرج عن دعواها معاً ، كما سمعته في تنصيب العين التي ادعى كل منها له وهي في أيديها ، وتسمعه في غيره ، بل قد يقال بوجوب العمل بكل منها وإن علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد في أعمالها عن الواقع فضلاً عن دعواها مع احتماله الواقع .

وكيف كان ففي الدروس احتمال الحكم بصحة الاجارتين مع عدم التعارض ، لأن الاستئجار الثاني يبطل ملك المستأجر فيها سبق ، وكأنه فرضه في غير دعوى انما العقد ، إذ يمكن حيثل استئجار البيت منه أولاً ثم انتقل منه إلى المؤجر بعقد إجارة من المستأجر ثم آجره الدار كلها فتصح الاجارتان ، والله العالم .

﴿ ولو ادعى كل منها أنه اشترى داراً معينة ﴾ من شخص بعينه
﴿ وأقبض الثمن وهي في يد البائع ﴾ ولا بينة لأحدهما فان كذبها
حلف لها واندفع عنه ، وإن صدق أحدهما دفع له العين وحلف للآخر
وإن لم نقل إن الاقرار بها قبل القبض بمنزلة التلف لآفة سماوية ،

وللآخر إحلافه لادعائه عليه أيضاً، وإن عاد فأقر للثاني غرم له القيمة إلا أنه بصدقه الأول ، فيدفع العين إليه . نعم لو قلنا إن الإقرار قبل القبض إتلاف كالألفه السماوية لم يتوجه له اليمين حينئذ وإن كان هو كما ترى . ولو صدق كل واحد في النصف حكم به لكل منهما وحلف لها ، ولو قال : لا أعلم لمن هي منكما ففي كشف اللثام تقارعا وقضي لمن خرج بالقرعة بعد اليمين .

ولو أقام كل منهما بينة ﴿ في قضي بالقرعة مع تساوي البيتين عدالة وعدداً وتاريخاً ﴾ أو مطلقتين أو إحداها مطلقة والأخرى مؤرخة بناء على عدم تأخر مجهول التاريخ عن معلومه ﴿ و ﴾ إذا كان كذلك ﴿ حكم لمن يخرج اسمه مع يمينه ﴾ على المشهور ، لما عرفته من الأدلة السابقة أو لا معها على احتمال أو قول ، وفي كشف اللثام « ويحتمل الاقسام للتعارض والتسايط فيحلف الثالث لها لو أ كذبها إلى آخر ما مره والتفريع على احتمال التسايط .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا يقبل قول البائع لأحدهما ﴾ بعد الحكم بما سمعت ، لكن في كشف اللثام « لاعتراؤه بأنه ليس عليها يد ملك وقيام البينة بذلك ، ويحتمل القبول فيكون المقر له ذا اليد فتقدم بيته أو بينة الآخر على الخلاف ، وفيه أن جزم المصنف وغيره بعدم قبول قول البائع مبني على كون ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعة وبعد انتزاعها منه بالبيتين ، فلا وجه للاحتمال المزبور .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ يلزمه إعادة الثمن على الآخر ، لأن قبض الثمنين ممكن فتزدحم البيتان فيه ﴾ أي تجتمع فيه بخلاف عقد البيع ، ولو نكل من أخرجه القرعة حلف الآخر ﴿ ولو نكلا عن اليمين قسمت بينهما ﴾ على حسب ما تقدم في العين التي قد ادعيا ملكيتها ﴿ و ﴾ لكن

ها ﴿ يرجع كل منهما بنصف الثمن ﴾ الذي دفعاه إلى البائع المقروض قبضه للثمنين .

نعم في كشف اللثام « إلا إذا اعترفا أو اعترف أحدهما أو شهدت بينهما أو إحدهما بقبض المبيع ، فمن قبضه من بائه باعترافه أو بشهادة بيته لم يكن له الرجوع عليه بشيء من الثمن ، لثبوت استحقاقه له بالاقرار أو بالبينة ، غاية الأمر أنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك ، وقد سبقه إلى ذلك الشهيد في المسالك ، فانه قال في المسألة الأخيرة : « وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذاك إذا لم تعرض البينة لقبض المبيع ولا اعترف به المدعي ، وإلا فاذا جرى القبض استقر المقدر ، وما يحدث بعده فليس على البائع عهدته ، وكذا في التحرير ، وقد وقع ذلك للرافعي من الشافعية .

وفيه أن الاعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينة لا ينافي الرجوع بالثمن . بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينة ، كما هو واضح . اللهم إلا أن يقال : إن عدم الرجوع بعد القبض تركهما اليمين باختيارهما ، ولكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل ، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيراً ، على أن ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيما بين قبل القبض وبعده .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ سهل لما أن يفسخا ﴾ البيع الذي ثبت لكل منهما بالبينة ؟ ﴿ الأقرب ﴾ عند المصنف والفاضل وغيرهما ﴿ نعم ، لتبعّض المبيع ﴾ عليه ﴿ قبل قبضه ﴾ وعدم حلفها تنزيهاً عن القسم بالله عذر ، وبمحتمل العدم ، لأن لكل منهما إحراز الكل بيمينه ، فالتبعّض إنما جاء منها . وأشار المصنف بقوله : « قبل قبضه » إلى ما صرح به في كشف اللثام من أنه « لا خيار لما مع دعوى كل منهما قبض المبيع

أو شهدت البينة به ، وفيه ما عرفت من عدم الفرق في ثبوت الخيار بالتبعض قبل القبض وبعده بعد أن كان ذلك لثبوت استحقاقه للغير بالبينة ، وكذا بالنسبة إلى الرجوع بالثمن .

وكيف كان فإن فسخا كانت العين للبائع ورجع كل منهما عليه بكمال الثمن ﴿ ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع ﴾ حينئذ الذي هو مقتضى بيئته ﴿ لعدم المزاحم ﴾ له .

خلافاً للمحكي عن الشيخ فليس له ، لأن الحاكم قد قضى له بنصفها دون النصف الآخر فلا يعود إليه ، وضعفه واضح ، على أن الذي حكاه عنه في الدروس التفصيل ، قال : « ولو فسخ أحدهما فللآخر الجميع ، وفيه أوجه ثلثها - وهو مختار الشيخ في المبسوط - الفرق بين كون الآخذ الأول والثاني ، لأن القضاء للأول بالنصف إذا لم يتمقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم ، فليس له تقضيه بأخذ الجميع ، ونعني بالأول الذي فاتحه القاضي بتسليم النصف فرضي ، بخلاف ما إذا فسخ المفاتيح ، فإن الثاني يأخذ الجميع قطعاً ، لا يجاب بيئته الجميع ما لم ينازع وإن كان هو أيضاً ضعيفاً ، .

وتوهم أن مقتضى الفسخ الرجوع إلى البائع لا إليه بمقتضى الحكم الظاهري مدفوع بأن التنصيف قد كان جمعاً بين البنتين ، ومع فرض الفسخ استقلت بينة الآخر بكون الجميع له بلا معارض ، بل المنتهى صيرورة ذلك له قهراً عليه ، لأنه مقتضى دعواه وبيئته .

﴿ و ﴾ لكن قال المصنف وغيره : ﴿ في لزوم ذلك عليه تردد ﴾ من ذلك ومن استصحاب الخيار له ﴿ أقربه اللزوم ﴾ للأصل وغيره بعد انتفاء المقتضي له .

ولو أرخت البنتان تأريخين مختلفين حكم للسابق وبالثمن للآخر ،

ج ٤٠ (حكم التداعي في أن شخصاً اشترى من كل منهما الدين المعينة) - ٤٦٧ -

بل في كشف اللثام ، وإن أمكن أن يكون باعها من الأول ثم اشتراها
ثم باعها من الثاني ، لحصول الجمع بين البيتين ببيعها من الثاني وإن لم
يشترها ، لجواز بيع ملك الغير ، لكن إذا لم يجزه انفسخ واستقر عليه
التمن ، أي فلا يتوقف الجمع بينهما على الأول .

ولو كانت في يد أحدهما قضي بها له مع عدم البينة وعليه اليمين للآخر ،
ولو أقاما بينة حكم للخارج على رأي ولاداخل على آخر ، كما عرفت
الكلام فيه ، والله العالم .

﴿ ولو ادعى اثنان مثلاً ﴾ أن ثالثاً اشترى من كل منهما هذا المبيع
الذي في يده بشمن معين عكس المسألة السابقة ﴿ وأقام كل منهما بينة ﴾
ففي القواعد والتحرير ﴿ فان اعترف لأحدهما قضي عليه بالتمن ، وكذا
إن اعترف لها قضي عليه بالتمن ﴾ لا مكان صدقه واو بشرائه ثم يبعه
ثم شرائه ، لكن فيه أن الحكم المزبور لا مدخلية فيه لاقامتها البينة ، ضرورة
استناده إلى اعترافه به لا إليها ، ولذا لو اخص بأحدهما قضي له بالتمن
خاصة دون الآخر ، فيحلف له إن لم تكن له بينة ، وإلا أخذ منه أيضاً
كما ستعرف .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ ان أنكر ﴾ هما مع إقامة كل
منهما البينة على دعواه ﴿ وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضي بالتمن
جميعاً ، لمكان الاحتمال ﴾ الذي هو شراؤه من أحدهما ثم يبعه من الآخر
ثم شراؤه منه ، ومهما أمكن الجمع بين البيتين وجب بخلاف المسألة السابقة ،
إذ الشراء لا يجوز للملك نفسه ، والبيع يجوز للملك غيره ولو فضولاً ،
كذا قيل .

وفيه أن الاحتمال في الشراء لمال نفسه فضولاً عن الغير ممكن أيضاً ،
فالأولى في وجه الفرق اتحاد المدعى به في المسألة السابقة ، وهو شراء

المبيع من مالكة إلا أنه لم يعلم السابق منها ليكون شراء اللاحق في غير محله بخلاف المقام ، فإن المدعى به استحقاق الثمن الذي ثبت بثبوت سببه ، فع فرض قيام البيئة به في وقتين مثلاً وجب المسبب ، حتى لو كان المدعى واحداً ، نعم لو فرض كون الثمن معيناً وكل منها قد ادعاه بسبب كونه البائع للمثمنه وأقام كل منها بيئة تحقق التعارض ولو مع إطلاقهما فتأمل جيداً .

هذا وفي المسالك وغيرها احتمال كون المطلقين أو المطلقة إحداهما كتحدي التاريخ الذي منسجم حكمه ، لاحتمال الاتحاد ، والأصل براءة المشتري ، فلا يؤخذ إلا باليقين ، ولعله لذا كان المحكي عن ظاهر الشيخ الردد ، ولكن لا ينفي عليك ظهور البيئة في التعدد ، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه .

﴿ ولو كان التاريخ واحداً تحقق التعارض ، إذ لا يكون الملك الواحد في الوقت الواحد لاثنتين ، ولا يمكن إيقاع عقدين ﴾ من الأصليين مثلاً ﴿ في الزمان الواحد ﴾ وحينئذ ﴿ ف ﴾ لا محيص عن أن ﴿ يقرع بينهما ﴾ لما عرفته من النص والفتوى على أن ذلك حكم البينتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما ﴿ فن خرج اسمه أحلف وقضي له ، ولو امتنعا من اليمين قسم الثمن بينهما ﴾ إن كان متفق الجنس والوصف وإلا كان لكل واحد نصف ما ادعاه من الثمن ، لأن الدعوى في الحقيقة على الثمن ، وتنصفه يقتضي تنصيف الثمن أو يقسم الثمن بينهما بلا قرعة أو يقرع بلا يمين أو يحكم بسقوط البينتين على ما مر من الخلاف والاحتمال . ﴿ ولو ادعى ﴾ مدعى ﴿ شراء المبيع من زيد وقبض الثمن وادعى آخر شراؤه من عمرو وقبض الثمن ﴾ وكانت العين في يد البائعين أو أحدهما أو خامس ﴿ وأقاما بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى كل منهما شراء المبيع وقبض الثمن) - ٤٦٩ -

فالتعارض متحقق ﴿ ضرورة عدم كون المال الواحد مملوكاً بتمامه لشخصين في زمان واحد ﴾ فحينئذ يقضى بالقرعة ﴿ لما عرفته سابقاً ﴾ ويخلف من خرج اسمه ويقضى له ﴿ ويرجع الآخر على بائعه بالثمن ﴾ ولو نكلا عن اليمين قعم المبيع بينهما ﴿ وقد عرفت احتمال القسمة بلا قرعة والتساقط .

﴿ و ﴾ على كل حال فاذا اقتسماها ﴿ رجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن ﴾ وفي كشف اللثام إن لم يدعيا قبض العين ولا شهدت به بينتهما وفيه البحث السابق ﴿ ولها ﴾ حينئذ ﴿ الفسخ والرجوع بالثمنين ﴾ لتبعض الصفقة ﴿ ولو فسخ أحدهما جاز ، ﴾ لكن ﴿ لم يكن للآخر أخذ الجميع ﴾ كما عرفته سابقاً ﴿ لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه ﴾ بل إلى بائع آخر بخلاف السابق .

وكذلك لو كانت العين في يدهما مع تعارض البيتين أو فقدان البينة مع التحالف أو نكولها ويرجع كل بنصف الثمن ، ولها الفسخ ، وفي كشف اللثام بالشرط المتقدم ، وفيه ما عرفت .

واو كانت في يد أحدهما قضى له ببيئته أو للخارج على الخلاف ، ويرجع الآخر على بائعه بالثمن ، وفي كشف اللثام « إلا إذا اعترف أو شهدت ببيئته بقبض العين » وفيه ما عرفت . وكذا لو كانت في يد البائع المصدق لمدعي الشراء ، فإن كانت في يد أحدهما فدعي الشراء منه ذو اليد ، فيقضى له ببيئته أو للخارج ، وإن كانت بأيديهما وصديق كل منهما مشترية فكلاهما ذو اليد ، فيقسم بينهما عند التعارض ، ويرجع كل منها بنصف ثمنه ، بناءً على ما ذكرناه من عدم الفرق في ذلك بين القبض وعدمه بعد أن كان ثبوت ذلك بالبينة .

ولذا قال في الدروس: « الثالثة: بائعان ومشتريان بأن ادعى كل منهما

أنه اشتراها من آخر وأقبضه الثمن وأقاما بينتين ، فان تشبثا قسمت بينهما ورجع كل على بائعه بنصف الثمن ، وإن تشبث أحدهما بني على ترجيح الداخل أو الخارج ، فيرجع المرجوح بالثمن ، وإن خرجا وتكافأت البيئات أقرع على الأقوى ، ومع النكول يقسم ويرجع كل على بائعه بنصف الثمن ، سواء كانت في يد أحد البائعين أو يد أجنبي ولكل منهما الفسخ ، وليس للآخر أخذ الجميع لو فسخ أحدهما ، لعدم عوده إلى بائعه ، وكلامه صريح في الرجوع ولو بعد القبض ، وكذا في القواعد ، والله العالم .

ثم إنه قد يتوهم من اقتصار المصنف في المتعارض على الصورة المزبورة عدمه في غيرها ، مع أن الظاهر نحقق ذلك أيضاً في صورة الاطلاق ، إذ هي كغيرها من صور الاطلاقات السابقة ، بل وكذا لو أطلقت إحداها وأرخت الأخرى بناءً على عدم الحكم بتأخر مجهول التأريخ عن معلومه ، كما حرر في محله ، نعم لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين ففيه البحث السابق في تقديم الملك السابق وعدمه .

هذا وفي القواعد في أصل المسألة زيادة قول كل من المتداعين وأنها أي العين ملكها ، ولعله لجواز أن يكون اشتراها أحدهما للآخر وأن يكون باعها أحد البائعين وكالةً عن الآخر أو فضولاً .

وفي المسالك : يقوم مقام ذلك أن يقول : وتسلمته أو سلمته هو إليّ ، لأن الظاهر أنه إنما ينصرف بالتسليم في ما يملك ، وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول : وأنت تملكه ، ويكتفى بأن اليد تدل على الملك ، وكذلك يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة اشتراه من فلان وهو يملكه أو اشتراه وتسلمته منه ، وهذا القيد حسن ، وسيأتي اختيار المصنف إياه ، وكأنه تركه هنا اتكالاً عليه ، وفرعوا عليه أنه

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى العبد أن مولاه أعنته وادعى آخر شراءه) - ٤٧١ -

يجوز أن يقيم شاهدين على أنه اشترى من فلان وآخرين على أن فلاناً كان يملكه إلى أن باع منه ، لحصول المطلوب من جملة الشهود ، ولكن الآخرين إن شهدا هكذا فقد شهدا على البيع والمالك أيضاً ، وكذا إذا أقام شهوداً على أنه اشترى منه وقت كذا وآخرين على أنه كان يملك ذلك إلى وقت كذا ، ولو أقام أحد المدعين بيئته على أنه اشترى الدار من فلان وكان يملكها وأقام آخر البيئته على أنه اشتراها من مقيم البيئته الأولى حكم بيئته الثاني وإن لم يقل لمقيم البيئته وأنت تملكها ، كما لا يحتاج أن يقول لصاحب اليد ، لأن البيئته تدل على الملك ، كما أن اليد تدل عليه ، ولا يخفى ما في ذلك كله من التطويل بلا طائل ، ضرورة معلومية كون المراد النزاع في الشراء من المالك ولو بظاهر اليد أو غيرها .

﴿ ولو ادعى عبد أن مولاه أعنته وادعى آخر أن مولاه باعه منه ﴾
وكان العبد في يد المولى أو ثالث أو لا يد لأحد عليه ولم تكن لأحدهما بيئته وأكذبها المولى حلف لها يمينين . وإن كذب أحدهما وصدق الآخر ففي التحرير وظاهر القواعد حلف لمن كذبه .

لكن في كشف اللثام « والحق ما في المبسوط من أنه إن صدق المشتري لم يحلف للعبد ، لأنه لو أقر بعد ذلك بالعتق لم يقبل ، لكونه إقراراً في حق الغير ولم يازمه غرم ، وكذا إن صدق العبد لم يحلف للمشتري ، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالانلاف قبل الاقباض ، وهو كالآفة السماوية في انفساخ البيع به ، نعم إن ادعى عليه قبض الثمن حلف له إن أنكره » .

وبه جزم في المسالك ، لكن قال : « إن قلنا : إن إنلاف البائع كالآفة السماوية » وسبقها إلى ذلك الرافعي من الشافعية قال : « وقال الروزباني : وليس هنا موضع يقر لأحد المدعين ولا يحلف للآخر

قولاً "واحداً إلا هذا" .

وفيه منع عدم توجه اليمين للمشتري ، فانه مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلولة لا التلف ، فيغرم له القيمة ، ولذا جزموا في المسألة السابقة - وهي دعوى الاثنين شراء العين من شخص هي في يده - أنه لو أقر لأحدهما كان اليمين عليه للآخر ، بل وله اليمين على المقر له ، فلا يبعد حينئذ أن يكون هنا أيضاً له اليمين على السيد والعبد ، كما أنه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشتري ، لعموم قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : « البينة » وفائدته ثبوت الحرية في حقه على وجه لو انتقل إليه بعد ذلك بارث وغيره بحكم بحريته إن لم نقل بوجوب شرائه فعلاً عليه ، كما عن بعضهم التصريح به ، وإلا كانت الثمرة واضحة .

وإن كان في يد المشتري ففي المسالك وكشف اللثام قدّم قوله يمينه ، وفيه أنه مدع على السيد بعد اعترافه بالشراء منه وإن كان في يده ، ولعله لذا أطلق في القواعد تقديم قول السيد فيه ، هذا كله مع هدم البينة .

أما معها وكان العبد في يد السيد المكذب لها أو في يد أجنبي أو لا يد لأحد عليه فإن اختصت بأحدهما عمل بها ﴿ و ﴾ إن ﴿ أقاما ﴾ معاً ﴿ البينة قضى لأسبق البينتين تأريخاً ﴾ لتبين بطلان الثاني منهما يماً أو عتقاً .

﴿ فان اتفقنا ﴾ في العدد والعدالة والتأريخ أو الإطلاق أو أطلقت إحداها وأرخت الأخرى ﴿ قضى بالقرعة مع اليمين ﴾ على من أخرجته لزوماً للأدلة السابقة ، لا احتياطاً كما عن الشيخ ، فان نكل حلف الآخر .

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم .

ج ٤ : (حكم ما لو ادعى العبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شراؤه) - ١٧٣ -

﴿ ولو امتنعا ﴾ معاً ﴿ من اليمين قبيل ﴾ والقاتل الشيخ
وجماعة : ﴿ يكون نصفه حراً ونصفه رقاً لمدعي الابتاع ﴾ لأدلة
التصنيف السابقة ، لكن لا تخلو دعوى شمولها لمثل الفرض من تأمل ونظر ،
ولذا نسبه المصنف إلى القيل . ﴿ و ﴾ لكن عليه ﴿ يرجع ﴾ على
البائع ﴿ بنصف الثمن ﴾ لفوات نصف المبيع ، وفي كشف الثام وإن
لم يعترف أو لم تشهد بيته بأقباضه العبد ، وفيه البحث السابق ، وله خيار
التبعض على الأقوى لما عرفت .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ سلو فسخ عتق كله ﴾ لزوال المراحم لآئنة
الشاهدة على المولى بعتقه ﴿ و ﴾ لو لم يفسخ المشتري فـ ﴿ سهل يقوم على بانه ﴾
إن كان موسراً ؟ ﴿ الأقرب نعم ﴾ وفاقاً لجماعة ﴿ للشهادة البينة
بمباشرة عتقه ﴾ فيشتم شرط السراية .

وما يقال - من أن البينة قد شهدت باعتاقه كله ولم يعمل بها ،
وإنما حكم بعتق النصف حكماً قهرياً للتعارض بناءً على عدمها في القهري
فلا سراية ، على أن الواقع إما عتق الكل أو البيع أو عدم واحد منها ،
ولا معنى للسراية على الجميع - يدفعه بناء الأحكام على مقتضى ظاهر
الأدلة الشرعية ، وهو هنا عتق النصف بالبينة ولو بعد الأدلة على إعمالها
مع التعارض على الوجه المزبور .

ولو كان العبد في يد المشتري فإن قدمنا بينة الداخل حكم له ، وإن
قدمنا بينة الخارج حكم بالعتق ، لأن العبد خارج ، وعن بعض العامة
على الأول تقدم بينة العبد ، لأنه الداخل ، إذ يده على نفسه ، وفيه أنه
لو قلنا يكون للحر يد على نفسه إنما يكون للعبد ذلك بالعتق وإلا فهو في
يد السيد أو المشتري .

ولو كان في يد البائع فصدق المشتري فهو ذو اليد بناءً على ما عرفته سابقاً في العين في يد ثالث ، فنأمل .

﴿ مسائل : ﴾

﴿ الأولى : ﴾

﴿ لو شهد للمدعي بأن الدابة ملكه منذ مدة فدلّت منها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر ﴾ منها إن ادعى أنها نتجت عنده ﴿ سقطت البيّنة ، لتحقق كذبها ﴾ كما في القواعد والتحرير وغيرها ، لكن عن بعض النسخ أو « أكثرياً » عطفاً على « قطعاً » وهي التي شرحها في المسالك ، فقال : « أما على تقدير كون الدلالة قطعية فواضح ، لأن الكلب حيثل قطعي ، وأما على تقدير الأكثرية فالدلالة ظنية ، وبشكل معارضتها للحكم الظاهر من عدالة الشاهد ، وفي التحرير اقتصر في الحكم بسقوط البيّنة على الدلالة القطعية ، وهو أولى » .

قلت : لا ينبغي التأمل في عدم معارضة الظن للشهادة التعبدية ، وظني غلط النسخة التي شرحها ، بقرينة عدم عنوان من أحد من الأصحاب بذلك عدا الفاضل في الارشاد ، فانه قال « قطعاً أو ظاهراً » وقرينة تعليقه بتحقيق الكذب ، فلا وجه للاشكال في ما ذكره ، ولا أظنه قولاً لأحد ، إنما الكلام في بطلان البيّنة مطلقاً أو في خصوص ما كذبت به ، الظاهر الثاني ، ولم أجد ذلك محرراً في كلامهم ، والله العالم :

المسألة الثانية :

﴿ إذا ادعى دابة ﴾ مثلاً ﴿ في يد زيد وأقام بينة أنه اشتراها من عمرو فان شهدت البينة بالملكية مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قضي للمدعي ﴾ بناءً على تقديم الملك السابق ، بل اليد السابقة على اللاحقة. ﴿ وإن شهدت بالشراء لا غير قيل ﴾ والقائل الشيخ في الحكم من مبسوطه وتبعه جماعة ، بل في المسالك نسبة إلى الأكثر : ﴿ لا يحكم ﴾ له به ، ﴿ لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك ، فلا تدفع اليد المعلومة بالمظنون ﴾ بل المحتمل ﴿ وهو قوي ﴾ عند المصنف وغيره ﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي الخلاف : ﴿ يقضى له ﴾ على القول المزبور ﴿ لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدال على الملكية ﴾ كما أن اليد السابقة دالة عليها ، إذ كما أن الظاهر من اليد كونها أصالة لا نيابة ولا عدواناً ، فكذا البيع والشراء ، خصوصاً الواقعان منه بعنوان الملكية والسلطنة بلا معارض له وإن لم يكن المال في يده .

هذا وفي المختلف الاعتراض على الشيخ في اكتفائه في ثبوت الملك بالتسليم بحكمه أنه لو شهدت البينة للخارج بأن الدار كانت في يده منذ أمس أنه لا تزال اليد المتصرفه فكيف يمكن الجمع بين ذلك وبين ترجيحه هنا بتسليم البائع إلى المشتري .

وفيه أن ذلك مبني على قوله بترجيح اليد السابقة ، فان له في المسألة قولين ، فلا يعترض عليه بالقول الآخر ، كما أن له في هذه المسألة قولين ، والذي يستهل الخطب في المسألة ما عرفت فيما سبق من أنه لا يقضى له حتى لو شهدت البينة بالملك السابق فضلاً عن اليد السابقة ، لعدم

معارضته للملك الفعلي المستفاد من اليد الفعلية ، فبناء هذه المسألة على المسألة السابقة ، والله العالم .

المسألة * الثالثة : *

﴿ الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد وادعى رقبته قضي بذلك ظاهراً ، وكذا لو كان في يد اثنين ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، لأنه وإن كان الأصل فيه الحرية إلا أن رقبته أمر ممكن ، وقد ادعاه ذو اليد ، ولا منازع له فيحكم به ، بل في التحرير والمسالك لا يلتفت إلى إنكاره بعد البلوغ لسبق الحكم برقبته ، بل وكذا في القواعد وعن التذكرة إلا أنه قال : « له اليمين على من في يده » وإن كان فيه أن ذلك لا يقتضي سقوط حجته ، كما في كل مدعى دعوى لا معارض لها ، مثل الوكالة عن الغير وشبهها ، فإنه لا ينافي دعوى الغير عدها بعد ذلك . ولعله لذا قال المصنف : « ظاهراً » بل في الارشاد وغيره الجزم بأنه إذا بلغ وأنكر أحلف ، بل قال في موضع آخر من القواعد : « لو ادعى الصبي المميز الحرية لم تسمع ، فإن بلغ وادعاه سمعت ، ولا تأثير لليد عليه ولا إبطال الدعوى السابقة » .

بل إن لم يكن إجماعاً أو سيرةً قطعيةً أمكن المناقشة بالحكم برقبته حال صفه على وجه تجري عليه أحكام الملك ، لخبر حمران بن أعين (١) « سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة ادعى الرجل أنها مملوكة له وادعت المرأة أنها ابنتها ، فقال : قد قضي علي (عليه السلام) قلت : وما قضي في هذا ؟ قال :

(٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٩ .

كان يقول : الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالرق وهو مدرك، ومن أقام بيته على من ادعى من عبد أو أمة فانه يدفع إليه ويكون رقاً ، قلت : فما ترى أنت ؟ قال : أرى أن يسأل الذي ادعى أنها مملوكة له بيته على ما ادعى ، فان أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكة لا يعلمون أنه باع ولا وهب دفعت الجارية إليه حتى تقم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرة مثلها فلندفع إليها ونخرج من يد الرجل ، فقلت : فان لم يقم الرجل شهوداً أنها مملوكة له ، قال : نخرج من يده ، فان أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت إليها ، وإن لم يقم الرجل البينة على ما ادعى ولم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية ، تذهب حيث شاءت ، فانه ظاهر أو صريح بما ذكرنا .

ولعله لذا كان المحكى عن المبسوط توقف ثبوت رقة المميز على البينة كما عن الشافعية في وجهه ، إلا أن المعروف بين أصحابنا ما سمعت وإن كان الخبر المزبور منافياً له ، وليس دعوى المرأة البينة مغيراً لموضوع المسألة ، ضرورة عدم يد للمرأة ، على أن قوله (عليه السلام) أخيراً : « نخرج من يده » مشعر بكون الجارية في يده ، على أن دليلهم المزبور مقتضى للحكم بالرقبة وإن لم يكن في يده ، مع أن اليد مقتضاها الملك في معلوم المالية لا أنها تنفخ المشكوك في ماليتها أنه مال .

بل المراد باليد في المتن وغيره الاستيلاء العرفي نحو امتيلاء الوالد على ولده لا اليد بمعنى التصرف الملكي ، فان ذلك هو معنى دعوى المسلم المالية ولا معارض له ، فتي حصل المعارض كان على حجته التي هي هنا ما عرفت من كون الناس على الحرية .

ومن هنا صرح بعضهم بعدم الفرق في الحكم المزبور بين الصغير والمجنون الكبير ، بل والعامل الساكت الذي لم يقر ولم ينكر وإن أشعرت

بعض العبارات بنوع تأمل في الأول .

بل في الارشاد التصريح بالاشكال في الأخير ، لأصالة الحرية في
الآدمي ، وعدم دعواها لا يخرجها عن كونها أصلاً ، وسكوته أعم من
التصديق ، إلا أن ذلك إن تم اقتضى عدم الحكم بالرقية في الصغير ،
ويؤيده الخبر المزبور ، لكن عرفت إجماعهم على الظاهر على الحكم برقيته .
ومن هنا قال في غاية المراد : الصحيح الحكم برقية الكبير
الساكت ، وهو قضية كلام الأصحاب ، وصرح به المصنف في بعض
كتبه ، والأصل يخرجها عن كونه أصلاً ما ينافيه ، وهو هنا موجود ،
أي تصرف المسلم ودعواه الملكية ، بل مقتضى ذلك الحكم برقية الصغير
المعلوم نسبه إذا كان ممكن الملكية ، ضرورة عدم الفرق في الدليل المزبور
بين الجميع ، وإنما قيد الأصحاب بجهل النسب لارادة إخراج معلومه
المقتضي للعلم بالحرية لا مطلقاً ، هذا كله في الصغير .

﴿ أما لو كان كبيراً وأنكر ﴾ الرقية على مدعيها عليه ﴿ فـ ﴾ لا
ريب ولا خلاف في أن ﴿ القول قوله ، لأن الأصل الحرية ﴾ نعم لا تسمع
دعوى التحرير إلا ببيئته ، وهو غير دعوى الحرية ، وعلى ذلك يحمل
ما في بعض النصوص (١) الدالة على جواز شراء المملوك من سوق الملمين
مع دعواه الحرية .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضي عليه ،
وإن اعترف لأحدهما كان مملوكاً له دون الآخر ﴾ لعموم إقرار العقلاء (٢)

(١) الواسئل - الباب - ٥ - من إرباب بيع الحيوان من كتاب التجارة .

(٢) الواسئل - الباب - ٣ - من كتب الاقرار - الحديث ٢ والمستدرک - الباب ٢ -

منه - الحديث ١ .

ج ٤٠ (حكم التداعي في الذبيحة التي في يد كل واحد بعضها) - ١٧٩ -

ولخصوص خبر حمران (١) المتقدم المتضد بعدم خلاف أجده في الحكم بذلك هنا ، بل ولا عثرت على من يحكاه ، نعم عن العامة قول بعدم قبول إقراره مطلقا ، وآخر بالقبول فيما يضر به نفسه لا فيما يضر غيره ، وحكي عن الشيخ في مسألة دعوى العبد العتق والآخر الشراء في إنكار كون العبد ذا يد على نفسه أنه قال : « لأنه لو كان ذا يد لقبل إقراره بالملكية لأحد المتنازعين فيه » ومتضاه المفروغية من عدم قبول إقراره ، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه ، بل ظاهر الأدلة خلافه .

وفي كشف اللثام « وإذا أقاما بينتين متعارضتين فصدّق أحدهما خاصة لم ترجح به بينته ، لأنه لا يد له على نفسه ، فانه إن كان حراً فلا يد له ، وإن كان مملوكاً فلا يد عليه إلا للمالكه ، وفيه أنه متنافٍ لقبول إقراره بالرقية مع عدم البينة الذي اعترف به سابقاً ، بل ظاهره الإجماع عليه ، فتأمل .

المسألة الرابعة :

﴿ لو ادعى كل منهما أن الذبيحة له وفي يد كل واحد بعضها ﴾ منفصلاً عن الآخر ﴿ وأقام كل منهما بينة قيل : قضي لكل منهما بما في يد الآخر ، وهو الأتيق بملهنا ﴾ الذي هو تقديم بينة الخارج على الداخل ، أما على القول بتقديم بينة ذي اليد فيقضي لكل منهما بما في يده ، كما أنه يقضي بالاشاعة بينهما لو فرض اتصال البعض الذي في يد أحدهما بالآخر كما عرفته سابقاً .

﴿ وكذا ﴾ الكلام فيما ﴿ لو كان في يد كل واحد شاة وادعى

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٩ .

كل منها الجميع وأقاما بينة قضي لكل منهما بما في يد الآخر ﴿ إذ لا فرق بينهما وبين بعضي الذبيحة المنفصلين ، كما هو واضح .
ومما يتفرع على ذلك أنه لو كان المتخاصمان في بعضي الذبيحة المنفصلين كافراً ومسلماً حكم بكون ما يقضي به للكافر ميتة والمسلم ملوكي وإن كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الآخر ، عملاً بظاهر اليد المعبرة شرعاً ، ولا يقدر في ذلك اليد السابقة ، بل لعل الحكم كذلك في الجزئين المتصلين ، ضرورة اتحاد المدرك فيهما ، كما تقدم الكلام في ذلك في قسم العبادات (١) فلاحظ .

المسألة الخامسة :

﴿ لو ادعى ﴿ زيد ﴾ شاة في يد عمرو وأقام بينة فتسلمها ثم أقام ﴿ عمرو ﴾ الذي كانت في يده بينة أنها له ﴾ بالملك السابق الذي انتزعه منه زيد ﴾ قال الشيخ : ينقض الحكم وتعاد ﴿ الشاة إلى عمرو ﴾ وهو بناء على القضاء لصاحب اليد ﴾ فإنه قد كان عمراً ﴿ والأولى أنه لا ينقض ﴾ حتى لو قدمنا بينة ذى اليد ، إلا أنه خرجت من يده بحكم الحاكم ولو لعدم حضور بيئته التي كانت نافعة له لو أقامها حال إقامة زيد بيئته لا بعد انقطاع الخصومة وحكومة الحاكم المبنية على الدوام للأصل المؤيد بالحكمة وظاهر الأدلة ، بل لو قلنا بكونه الآن خارجاً لم نسمع بيئته أيضاً بعد أن علم أن شهادتها بالملكية السابقة التي كانت مقتضى اليد ، لما عرفته من انقطاع الخصومة فيها ، فلا تسمع حينئذ دعوى تتعلق بها على وجه لا توجب يميناً فضلاً عن قبول بينة بها ، نعم لو أقامها

(١) راجع ج ٨ ص ٥٥ .

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمرو نصفها) - ٤٨١ -

على انتقال جديد من انتزاعها سمعت بلا خلاف ولا إشكال ، بل لا يبعد القول بسماعها مع الاطلاق المختل لذلك ، لعموم قوله (صلى الله عليه وآله) (١) : البينة ، وما دل على قبول شهادة العدل (٢) وغير ذلك . وما ذكرنا يعلم النظر في ما في المسالك من وجوه ، فلاحظ وتأمل .

المسألة السادسة :

﴿ لو ادعى داراً في يد زيد ﴾ بأجمعها ﴿ وادعى عمرو نصفها ﴾ ولم يصدق زيد أحدهما ﴿ وأقاما ﴾ معاً ﴿ البينة ﴾ وتساوتا عدداً وعدالة ﴿ قضى للمدعي الكل بالنصف ﴾ المشاع ﴿ لعدم المزاحم ﴾ له فيه ﴿ وتعارضت البيتان في النصف الآخر ، فيقرع بينهما ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه ﴾ فان امتنع حلف الآخر ﴿ ولو امتنعا ﴾ معاً ﴿ من اليمين قضى بينهما ﴾ في النصف ﴿ بالسوية فيكون للمدعي الكل ثلاثة أرباع ﴾ النصف الذي لا معارض له فيه ، وربيع من النصف الآخر ﴿ والمدعي النصف الربع ﴾ كما هو واضح . وقد سمعت الكلام فيه مفصلاً (٣) ضرورة كونه فرداً من مسألة تداعي العين الخارجة عن أيديهما التي قد عرفت الحال فيها .

نعم يحكى عن ابن الجنيدي هنا أنه بعد أن فرض المسألة في ما لو كانت العين في أيديهما - وهي التي أشار إليها المصنف بقوله : ﴿ ولو كانت

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم .

(٢) سورة الطلاق : ٦٥ - الآية ٢ والوسائل - الباب - ١ - من أبواب كيفية الحكم

الحديث ٦ والباب - ٧ - منه - الحديث ٤ .

(٣) راجع ص ٤٠٧ - ٤٠٨ .

يدهما على الدار وادعى أحدهما الكل والآخر النصف وأقام كل منهما بينة **﴿﴾** بذلك **﴿﴾** كانت لمدعي الكل ، ولم يكن لمدعي النصف شيء **﴿﴾** وذلك لما عرفت من أن نصفاً منها لا نزاع لها فيه ، وهو الذي في يد مدعي الكل ، فلم يبق إلا النصف الذي في يد الخصم ، وقد قلنا بتقديم بينة الخارج **﴿﴾** لأن بينة ذي اليد بما في يده غير مقبولة **﴿﴾** نعم لو لم تكن بينة كان القول قوله يمينه ولا يمين له على مدعي الكل ، وحيث تكون الدار بينهما نصفين - قال : « يقسمان الدار مع البينة وعدمها على طريق العول ، فيجعل لمدعي الكل الثلثان ولمدعي النصف الثلث ، لأن المنازعة وقعت في أجزاء غير معينة ولا مشار إليها ، بل كل واحد من أجزائها لا يخلو من دعوى كل منهما باعتبار الاشاعة ، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعي الكل بغير منازع ، بل كل جزء يدعي مدعي النصف نصفه ومدعي الكل كله ، ونسبة إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث ، فتقسم العين أثلاثاً ، واحد لمدعي النصف وإثنان لمدعي الكل ، فيكون كضرب الديان في مال المفلس والميت » .

وفي المختلف « وهو الأقوى عندي لو زاد المدعون على اثنين » وفي كشف اللثام « يعني واستوعب دعاوي غير مدعي الجميع العين أو زادت عليها ، كما إذا ادعى أحد الثلاثة الجميع وآخر منهم الثلثين وآخر الثلث أو النصف ، فانه حيث لا يبقى في العين جزء لا نزاع فيه بخلاف ما إذا ادعى أحدهم الجميع ، وكل من الآخرين الثلث » .

قلت : يمكن أن يكون مبنى كلام ابن الجنييد على دعوى ظهور نصوص التنصيف (١) بعد الاقراع وعدم اليمين منها في العول ، ضرورة

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٢ و ٣ و ٤ والباب - ٩ -

من كتاب الصلح ولكن ليس في شيء من هذه النصوص ذكر من القرعة .

ج ٤٠ (حكم ما لو كانت الدار في يدها وادعى أحدهما الكل والآخر النصف) - ٤٨٣ -

أن بينة كل منهما تقتضي الكل وهما متعذران فيحصل النقصان عليهما . ومن هنا اتجه التعدية إلى التثليث لو كانوا ثلاثة ، والتربيع لو كانوا أربعة وهكذا ، وليس إلا لما ذكرنا . ومنه مفروض المسألة التي لا يمكن الجمع فيها بين بينة النصف مثلاً وبين بينة الكل ، فنقول في النصف كما حالت في الأول ، فيوزع عليها أثلاثاً ، لأن نسبة الكل إلى النصف كذلك ، فالعول عنده نحو العول في الفرائض لو لا نصوص أهل العصمة (عليهم السلام) لقضاء كل بينة مثلاً بمقتضاها نحو قوله : للزوج النصف وللأختين من الأب الثلثان ومن الأم الثلث ، لا مثل العول في تزاحم الديون على التركة الذي مرجعه عند التأمل أيضاً إلى ذلك .

لكن فيه أن محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لا نزاع فيه ، أما في المفروض فلا دلالة فيها عليه ، بل لعل ظاهر مرسل ابن المغيرة (١) عن الصادق (عليه السلام) « في رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الآخر : هما بيني وبينك » ، فقال أبو عبد الله (عليه السلام) : « أما الذي قال : هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ، وأما الآخر فبينهما ، بخلاف ذلك . وكذا مرسل ابن أبي حمزة (٢) عنه (عليه السلام) أيضاً .

ولكن الانصاف مع ذلك عدم خلو كلام ابن الجنيد من قوة مع تزاحم الأمارات الشرعية ، ولم يكن شيء متسالم عليه فيما بينهم أنه لأحدهم ، ولعله لذلك أو لما يقرب منه سمعت الميل إليه في المختلف في ما فرضه ، فلاحظ وتأمل .

(١) الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب الصلح - الحديث ١ .

(٢) أشار إليه في الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب الصلح - الحديث ٢ وذكره في التهذيب

﴿ ولو ادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس وكانت يدهم عليها ﴾ فلا نزاع حتى على مذهب الاسكافي ، لأن سهام المبدعين لا تزيد على أجزاء العين ، من غير فرق بين إقامة البينة وعدمها ﴿ ف ﴾ ان ﴿ يد كل واحد منهم على الثلث ﴾ بناءً على ما عرفت من أن اشتراك الأيدي على الدار يقتضي كون كل يد على مقدارها ﴿ لكن صاحب الثلث ﴾ في الفرض ﴿ لا يدعي زيادة ﴾ على ما في يده ﴿ الذي اقتضته ﴾ وصاحب السدس يفضل في يده ما لا يدعيه هو ولا مدعي الثلث ﴿ وهو السدس ﴾ فيكون للمدعي النصف فيكمل له النصف ﴿ ضرورة نقصان الثلث عن النصف بسدس والفرض صيرورته . ولا فرق في ذلك بين إقامتهم البينة وعدمها كما أشار إليه بقوله : ﴿ وكذا لو قامت لكل منهم بينة بدعواه ﴾ وكأن المصنف نبه على حكمها لمكان خلاف بعض العامة فيها حيث جعل مع إقامتهم البينة للمدعي النصف ثلثاً ونصف سدس بناءً على أن السدس الزائد على ما في يده لا يدعيه على مدعي السدس خاصة ، بل إنما يدعيه شائعاً في بقية الدار وهي في يد الآخرين جميعاً ، فنصفه على مدعي الثلث وعارضت فيه بيئته وترجحت باليد على تقدير إقامتها البينة ، وقدم قول ذي اليد على تقدير عدمها ونصفه على مدعي السدس ، فيحكم به للمدعي النصف ببيئته ، لأن بيئة مدعي السدس لا تعارضها ، فيجعل للمدعي النصف ثلث ونصف سدس ، وللآخرين مدعاها ، ويبقى بيد مدعي السدس نصف سدس لا يدعيه أحد . ولا يخفى عليك ضعف القول المزبور المبني على تقديم بيئة الداخل ، ضرورة تعلق الدعوى بالدار ولا تعارض فيها كما عرفت ، ولو قدمنا بيئة الخارج أخذ منه نصف السدس وقد كمل له نصفه ، كما أن مدعي السدس كذلك ، بل في يده زيادة نصف سدس هو مقدار ما نقص من

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى أحدهم تمام الدار والآخر النصف والثالث الثلث) - ٤٨٥ -

سهم مدعي الثلث فيتحجه أخذه له بينته تنمة لسهمه ، وعن بعض آخر من العامة أنه إذا جحد بعضهم بعضاً كانت بينهم أثلاثاً ، وهو أوضح فساداً من الأول لاقتضائه الحكم بالثلث لمن يدعي أن له السدس ، فنأمل .

ولو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث وكانت يدهم أجمع عليها ولا بينة قضي لكل واحد بالثلث ، لأن يده عليه ، وعلى الثاني والثالث اليمين لمدعي الكل الشامل لما في أيديها ، وعليه وعلى مدعي الثلث اليمين لمدعي النصف ، إن لم يعترف الذي الثلث ، وليس لمدعي الثلث يميناً عليها ، لأنه لا يدعي زائداً على ما في يده بخلاف مدعي النصف ، فانه يدعي سدساً عليها ، ومدعي الكل فانه يدعي جميع ما بأيديها .

وإن أقام أحدهم بينة فإن كان المستوعب أخذها منهم ثلث منها بيده مع يمينه أو عذمه إن قلنا بكفاية البينة عنه والباقي بينته ، وإن أقامها مدعي النصف خاصة أخذه باضافة سدس يأخذه منها بالبينة إلى ما في يده بغير يمين أيضاً بناءً على نيابتها عنه للداخل - وفي كشف اللثام مازجاً عبارة القواعد « أخذ النصف مما في يد الآخرين أو باضافة نصفي سدس يأخذها من الباقيين إلى ما في يده » انتهى - والنصف الباقي بين الآخرين نصفان ليكل منها سدس ونصف سدس ، لكن للمستوعب منها السدس بغير يمين ، لعدم المنازع له فيه ، ويحلف على نصف السدس للثالث ، فانه يدعيه الآن عليه ، كما أنه هو يحلف للمستوعب على جميع الربع الذي أخذه ، وهو السدس ونصف ، وإن أقامها مدعي الثلث أخذ ما في يده من غير يمين إن قلنا بكفاية البينة عنه - وفي كشف اللثام « أخذ أي الثلث الذي بيده أو الذي بأيدي الباقيين » انتهى - والباقي بين الآخرين للمستوعب منها السدس منه بغير يمين ، لعدم المنازع له فيه ،

ويحلف على السدس الآخر الذي يدعيه الآن مدعي النصف عليه ، كما أن مدعي النصف يحلف على جميع ما يأخذه من البلسين للمستوعب الذي يدعيهما عليه .

وفي كشف اللثام بعد أن ذكر ما سمعت قال : « وكون الباقي بين الآخرين على هذين التقديرين مبني على ما سيأتي من إسقاط بينة الداخل اليمين ، وإلا فن أقام بينة أخذ ما يدعيه مما في أيدي الباقيين وبقي ما في يده وباقي ما في أيديهما يتنازعان فيه ، فبا أيديهما يقتسمانه كما ذكر ، وما في يد ذى البينة خارج عن أيديهما ، فيقرع ويحكم بكله أو بعضه لمن حلف منهما » .

وقد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلك في المشاع ، بل مناف لما تسمعه من إقامة كل منهم البينة المترلة على ما في يده إلا ما زاد عليه ، على أن البينة لا تزيد على إثبات المشاع الذي كانت تقتضيه اليد ، وكان الذي أحوجه إلى ذلك ذكرهم البينة هنا ، وظاهرهم عدم الاحتياج معها إلى يمين مع معروفة تقديم بينة الخارج عندهم ، كمعروفة عدم الاكتفاء بها عن اليمين في الداخل ، ومع هذه المقدمات يقتضي تنزيل مفاد البينة على الخارج بالتقرير الذي ذكره .

إلا أن ذلك كله كما ترى ، بل كلام الأصحاب الآتي فيما لو أقام كل منهم البينة كالصريح في خلافه ، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينة الداخل ، أو على الاكتفاء بها عن اليمين ، أو التزام اليمين على ما في اليد فتأمل .

❦ وإن أقام كل منهم بينة فإن قضينا مع التعارض ببينة الداخل فالحكم كما لو لم تكن بينة ، لأن لكل واحد بينة وبدأ على الثلث ف❦ تنقسم الدار بينهم حينئذ أثلاثاً و❦ إن قضينا ببينة الخارج وهو الأصح ❦

ج ٤٠ (حكم المو شهدت بينة أحدهم بالكل والآخر بالنصف والثالث بالثلث) - ٤٨٧ -

كما عرفت ﴿١﴾ فإن لمدعي الكل مما في يده ثلاثة من اثني عشر بقبر متارح ﴿٢﴾ لأنه لا معارض له فيها في يده إلا مدعي النصف بنصف سدس ، وهو واحد من الأربعة التي هي الثلث الذي في يده ﴿٣﴾ و﴿٤﴾ كان له أيضاً ﴿٥﴾ الأربعة التي في يد مدعي النصف ﴿٦﴾ أي الثلث ﴿٧﴾ لقيام البينة ﴿٨﴾ له أي ﴿٩﴾ لصاحب الكل بها وسقوط بينة صاحب النصف بالنظر إليها ، إذ ﴿١٠﴾ الفرض أنه ﴿١١﴾ لا تقبل بينة ذي اليد ﴿١٢﴾ على ما في يده ﴿١٣﴾ و﴿١٤﴾ كان له أيضاً ﴿١٥﴾ ثلاثة مما في يد مدعي الثلث ﴿١٦﴾ الذي بينته داخل بالنسبة إليه بخلاف بينة المستوعب ﴿١٧﴾ و ﴿١٨﴾ حينئذ ﴿١٩﴾ يبقى واحد مما في يد مدعي الكل لمدعي النصف ﴿٢٠﴾ لأن بينته بالنسبة إليه بينة خارج ، ولا تعارضها بينة المستوعب التي هي داخلية بالنسبة إليه ﴿٢١﴾ وواحد مما في يد مدعي الثلث يدعيه كل واحد من مدعي النصف ومدعي الكل ﴿٢٢﴾ وهو خارج عنهما ، ف ﴿٢٣﴾ سيقرع بينهما ﴿٢٤﴾ بعد تساوي بينهما ﴿٢٥﴾ وبحلف من يخرج اسمه ويقضى له ﴿٢٦﴾ فإن امتنع أحلف الآخر وقضى له ﴿٢٧﴾ فإن امتنعاً قسم بينهما نصفين ﴿٢٨﴾ كما عرفته في العين التي تداعيها وهي خارجة عنهما . وحينئذ ﴿٢٩﴾ فيحصل ﴿٣٠﴾ من مجموع ما عرفت ﴿٣١﴾ لصاحب الكل عشرة ونصف ، وأصاحب النصف واحد ونصف ، وتسقط دعوى مدعي الثلث ﴿٣٢﴾ فإن بينته داخلية ، فلا تعارض الخارجة .

وقد ظهر لك من ذلك كله أن لمدعي النصف من اثني عشر ثمن ، ولمدعي الكل سبعة أثمان ، فإذا أردت إخراج ذلك صحيحاً فرضت النزاع في أربعة وعشرين ، فإن لمدعي الكل منها واحداً وعشرين ، ولمدعي النصف ثلاثة .

هذا وفي القواعد جعل لمدعي النصف سدساً ، وللمستوعب خمسة أسداس ، وهو مبني على أخذ السدس تاماً من المستوعب . وفيه أنه

لا يدعيه تماماً عليه ، بل يدعي نصفه عليه والنصف الآخر على مدعي الثلث ، كما عرفت ، والله العالم .

ولو كانت يدهم جميعاً خارجة واعترف ذو اليد بأنه لا يملكها ولا بينة للمستوعب النصف ، لعدم المنازع له فيه من كل من مدعي النصف والثلث ، ويقرر في النصف الآخر ، فإن خرجت للمستوعب أو للثاني حلف وأخذ ، وإن خرجت للثالث حلف وأخذ الثلث ، ثم يقرر بين الآخرين في السدس ، فن خرج حلف وأخذ .

ولو أقام أحدهم خاصة بينة فإن كانت للمستوعب أخذ الجميع ، وإن أقامها مدعي النصف أخذه ، ويبقى للمستوعب السدس بغير منازع ، والثلث يتنازع فيه مع مدعيه ، والحكم فيه كما لو لم تكن بينة . ولو أقامها مدعي الثلث أخذه والمستوعب السدس أيضاً بغير منازع ، والنصف يقرر فيه بين مدعيه والمستوعب .

وإن أقام كل منهم بينة وتساوت فالنصف للمستوعب ، لعدم المنازع ، والسدس الزائد على الثلث يتنازعه المستوعب ومدعي النصف ، وقد تعارضت فيه بينتهما ، والثلث يدعيه الثلاثة وقد تعارت فيه البيئات الثلاثة ، فيقرر بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه ، فن خرج اسمه حلف وأخذ ، فإن نكلوا اقتسموا المتنازع فيه ، فيقسم المستوعب ومدعي النصف السدس بينهما نصفين لأنها المتنازعان فيه دون مدعي الثلث ، وأما الثلث فيقتسمونه أثلاثاً بينهم ، فيكون للمستوعب النصف بلا منازع ونصف السدس وثلث الثلث ، والمدعي النصف ثلث الثلث ونصف السدس ، والمدعي الثلث ثلث الثلث خاصة وهو التسع ، وتصح في ستة وثلاثين ، للمستوعب خمسة وعشرون ، ثمانية عشر بلا نزاع وثلاثة نصف السدس الزائد وأربعة ثلث الثلث ، والمدعي النصف مبيعة ، ثلاثة نصف السدس وأربعة ثلث

ج ٤٠ حكم ما لو ادعى أحدهم الكل والآخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث - ٤٨٩ -

الثلث ، ولمدعي الثلث أربعة ، ثلث الثلث ، هذا كله على المشهور .
وأما على العول فتصح في أحد عشر ، للمستوعب ستة ، ولمدعي
النصف ثلاثة ، ولمدعي الثلث اثنان ، لأن فريضتهم من ستة ، ويعال
عليها نصفها وثلثها ، والله العالم .

﴿ ولو كانت في يد أربعة فادعى أحدهم الكل والآخر الثلثين
والثالث النصف والرابع الثلث ففي يد كل واحد ربهما ﴾ بناءً على ما
عرفته من اقتضاء اليد ذلك ﴿ فان لم تكن بينة قضيتا لكل واحد ﴾
منهم ﴿ بما في يده وأحلفنا كلاً منهم لصاحبه ﴾ لأنه لم يخلص لأحد منهم ؛
﴿ ولو كانت يدهم خارجة ﴾ فان أقام أحدهم بينة حكم له .
﴿ و ﴾ إن كان ﴿ لكل ﴾ منهم ﴿ بينة خالص لصاحب الكل
الثلث ، إذ لا مزاحم له ﴾ فيه من كل واحد من الثلاثة مع تداخل
الدعوى بعضها في بعض وإرادة القضاء فيها أجمع ، لا أن له ذلك على
كل حال حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعوى مرتبة
وكان القضاء بين كل واحدة مع الأخرى مستقلاً إلا مع إقرار المدعي
بالثالث مثلاً أن له ذلك في النصف المدعى به مثلاً .

﴿ و ﴾ حيثئذ مع التداخل المزبور وإرادة القضاء في الجميع
﴿ يبقى التعارض بين بينة مدعي الكل ومدعي الثلثين في السدس ﴾
الزائد على النصف ، إذ لا يتنازعها فيه أحد من الباقيين ﴿ فيقرع بينهما فيه ﴾
بعد تساوي البيتين عدالة وعدداً ، فنخرج اسمه حلف وأخلده ، وإلا
حلف الآخر ، فان امتنعاً قسم بينهما نصفين .

﴿ ثم يقع التعارض بين بينة مدعي الكل ومدعي الثلثين ومدعي
النصف في السدس أيضاً ﴾ وهو الزائد على الثلث لا يتنازعهم فيه الرابع
﴿ فيقرع بينهم فيه ﴾ على الوجه السابق ﴿ ثم يقع التعارض بين الأربعة

في الثلث ﴿ الباقي ﴾ فيقرع بينهم ﴿ فيه أيضاً ﴾ ويختص به من تقع القرعة له ﴿ بعد يمينه ﴾ و ﴿ قد عرفت غير مرة أنه ﴾ لا يقضى ﴿ في نحو الفرض ﴾ لمن يخرج اسمه ﴿ بها ﴾ إلا مع اليمين ﴿ .
 ﴿ ولا يستعظم أن يحصل بالقرعة الكل للمدعي الكل ﴾ بخروج القرعة له في المراتب كلها ﴿ فان ما حكم الله تعالى به غير مخطيء ﴾ فلا قسمة بتعارض البيئات من غير قرعة كما ذهب إليه بعضهم للاستبعاد المزبور .
 ﴿ ولو نكل الجميع عن الإيمان قسمتنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين في كل مرتبة بالسوية ﴾ وحينئذ ﴿ فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهماً ﴾ لأنها أقل عدد لسدسه نصف وثلث .
 ﴿ للمدعي الكل عشرون ﴾ منها ، اثنا عشر بلا نزاع ، وثلاثة نصف السدس الذي تنازع فيه مع مدعي الثلثين ، وإثنان ثلث السدس الذي تنازع فيه معه أيضاً ومع مدعي النصف ، وثلاثة ربع الثلث الذي يتنازع فيه مع الجميع .

﴿ ولمدعي الثلثين ثمانية ﴾ ثلاثة نصف السدس الذي تنازع فيه مع مدعي الكل ، وإثنان ثلث السدس الذي تنازع فيه معه أيضاً ومع مدعي النصف ، وثلاثة ربع الثلث الذي تنازع فيه مع الجميع .

﴿ ولمدعي النصف خمسة ﴾ إثنان ثلث السدس الذي تنازع فيه مع مدعي الجميع ومدعي الثلثين ، وثلاثة ربع الثلث الذي تنازع فيه مع الجميع .
 ﴿ ولمدعي الثلث ثلاثة ﴾ ربع الثلث الذي تنازع فيه مع الجميع .
 وحينئذ يكون الاقراع في مواضع ثلاثة ، أو يقال : قد لا يحتاج إلى ذلك ، بل يأخذ المستوعب الثلث بلا مزاحم ، ثم يتقارع الجميع في الباقي ، فإن خرج المستوعب أو الثاني أخذه ، فإن كلاً منها يدعي كله ، وإن خرج الثالث أخذ منه النصف وأقرع بين الثلاثة الباقيين في الباقي وهو

ج ٤٠ (حكم ما لو قامت بينة كل من الأربعة على مدعاه) - ٤٩١ -

السدس ، فمن خرج أخذه ، وإن خرج الرابع أخذ الثلث وأقرع بين الثلاثة الباقيين في الثلث الباقي ، هذا كله مع خروج المدعي به عن أيديهم .
﴿ ولو كان المدعي ﴾ به ﴿ في يد الأربعة ف ﴾ قد عرفت أن ﴿ في يد كل واحد ربعها ، فإذا أقام كل واحد منهم بينة بدعواه قال الشيخ : يقضي لكل واحد بالربع ، لأن له بينةً وبدأ ﴾ بناءً منه على تقديم بينة الداخل .

﴿ والوجه القضاء ببينة الخارج على ما قررناه ﴾ وحيثند ﴿ فيسقط اعتبار بينة كل واحد بالنظر إلى ما في يده ويكون ثمرتها في ما يدعيه مما في يد غيره ، فيجتمع بين كل ثلاثة ﴾ منهم ﴿ على ما في يد الرابع وينزعه لهم ، ويقضى فيه بالقرعة واليمين ، ومع الامتناع بالقسمة ﴾ على حسب ما تقدم ﴿ فيجتمع بين مدعي الكل والنصف والثلث على ما في يد مدعي الثلثين وذلك ربع اثنين وسبعين ﴾ لأننا نريد عدداً لربعه ثلث وتُسع وتسُع ربعه نصف وهي كذلك ﴿ وهو ﴾ أي ربعها ﴿ ثمانية عشر ، فمدعي الكل يدعيها أجمع ومدعي النصف يدعي منها ستة ﴾ لأن دعواه ستة وثلثين وبيده منها ثمانية عشر ، والباقي له ثمانية عشر على الثلاثة في كل ربع ستة ﴿ ومدعي الثلث يدعي ﴾ منها ﴿ اثنين ﴾ تسعها ، لأن دعواه الثلث أربع وعشرون ، وبيده منها ثمانية عشر ، فالباقي له ستة على ربع كل واحد من الثلاثة إثنان .

وحيثند ﴿ فنكون عشرة منها لمدعي الكل ﴾ بلا نزاع ﴿ لقيام البينة بالجميع الذي تدخل فيه العشرة ﴾ التي قد عرفت عدم منازعة الآخرين له فيها ﴿ ويبقى ما يدعيه صاحب النصف - وهو ستة - يقرع بينه وبين مدعي الكل فيها ويحلف ﴾ من يخرج اسمه وإلا حلف الآخر ﴿ ومع الامتناع يتقسم بينهما ﴾ نصفين على حسب ما عرفت في غيرها

﴿ و ﴾ يبقى ﴿ ما بدعيه صاحب الثالث وهو إثنان يقرع عليه بين مدعي الكل وبينه . فنخرج اسمه أحلف وأعطي ولو امتنعا قسم بينهما ﴿ نصفين على حسب ما عرفته مكرراً .

﴿ ثم يجمع دعوى الثلاثة على ما في يد مدعي النصف ﴿ وهو ثمانية عشر أيضاً ﴿ فصاحب الثلاثين بدعي عليه عشرة ﴿ لأن دعواه الثلاثين ثمانية وأربعين ويده ثمانية عشر منها ، فالباقي له ثلاثون على كل منهم عشرة ، وهي خمسة أضعاف ثمانية عشر ﴿ ومدعي الثالث بدعي ﴿ منها ﴿ إثنين ﴿ كما عرفته ﴿ و ﴿ حينئذ ﴿ يبقى في يده ﴿ منها ﴿ ستة لا يدعيها إلا مدعي الجميع ، فتكون له ﴿ لقيام البيعة على الجميع التي تدخل فيه ﴿ ويقارع الآخرين ﴿ في العشرة والاثنين ﴿ ثم يحلف ﴿ من يخرج اسمه ﴿ وإن امتنعوا أخذ ﴿ من كل منهما ﴿ نصف ما ادعياه ﴿ وهو خمسة من العشرة وواحد من الاثنين .

﴿ ثم يجتمع الثلاثة على ما في يد مدعي الثالث وهو ﴿ أيضاً ﴿ ثمانية عشر فدعي الثلاثين بدعي منه عشرة ﴿ لما عرفت ﴿ ومدعي النصف بدعي ستة ﴿ لما عرفت أيضاً ﴿ يبقى ﴿ منه ﴿ إثنان لمدعي الكل ﴿ بلا منازع ﴿ ويقارع على ما أفرد للآخرين فان امتنعوا عن الإيمان قسم ذلك بين مدعي الكل وبين كل واحد منهما بما ادعاه ﴿ على حسب ما عرفت .

﴿ ثم تجتمع الثلاثة على ما في يد مدعي الكل ﴿ وهو أيضاً ﴿ ثمانية عشر ﴿ فدعي الثلاثين بدعي عشرة ﴿ منها لما عرفت ﴿ ومدعي النصف بدعي ﴿ منها ﴿ ستة ، ومدعي الثالث بدعي اثنين ، فتخلص يده عما كان فيها ﴿ لأن ذلك تمام ثمانية عشر ، وإذا تم ذلك ﴿ فيكمل لمدعي الكل ستة وثلاثون من أصل اثنين وسبعين ﴿ أربعة عشر مما في

يد الثاني ، وإثنا عشر مما في يد الثالث ، وعشرة مما في يد الرابع
 * ولمدعي الثلثين عشرون * خمسة مما في يد الثالث ، وخمسة أخرى مما
 في يد الرابع ، وعشرة مما في يد المستوعب * ولمدعي النصف إثنا عشر *
 ثلاثة مما في يد الثاني . وثلاثة أخرى مما في يد الرابع ، وستة مما في يد
 المستوعب * ولمدعي الثلث أربعة * إثنان مما في يد المستوعب ، وإثنان
 مما في يد الباقيين * هذا إن امتنع صاحب القرعة عن اليمين ومنزعه *
 وإلا كان الحاصل غير ذلك كما هو ظاهر .
 كظهور الحكم لو أقام أحدهم بينة خاصة ، بل وظهور غير ذلك
 مما تقدم نظيره في المسائل السابقة ، فتدبر .

المسألة السابعة :

* إذا تداعى الزوجان مناع البيت * الذي في يدهما كلاً أو
 بعضاً * قضي * به * لمن قامت له البينة * منهما مطلقاً بخلاف
 كما في الرياض .

* وإن لم تكن بينة فيسد كل واحد منهما على نصفه ، قال في
 المبسوط * وتبعه العلامة في القواعد وولده في المحكي من شرحه : * يحلف
 كل منهما لصاحبه * كغير المتاع مما يتداعى فيه إثنان مثلاً وكان في
 أيديهما * سواء كان مما يختص بالرجال * كالعمائم والطبائسة والسلاح
 والدرع ونحوها * أو النساء * كالخلي والمقانع ونحوها * أو يصلح
 لهما * كالفرش والأواني * وسواء كانت الدار لهما أو لأحدهما *
 أو لغيرهما * وسواء كانت الزوجية باقية أو زائلة * بطلاق ونحوه ،
 بل في كشف اللثام وسواء كانت يدهما عايه مشاهدة كعمامة أو خلخال

لبسائه (يلبسانه خ ل) أو حكماً وهو الكون في بيت يسكنانه ، وسواء جرت العادة بجهاز مثلها بقدره أم لا ، كل ذلك للعمومات التي منها .
و البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، (١) .

﴿ ويستوي في ذلك تنازع الزوجين والوارث ﴾ أو أحدهما مع الآخر ، لأهمية الدليل المزبور من ذلك كله ، خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من أنه إن تنازع أحدهما وورثة الآخر فالقول قول الباقي منهما ، وأنه إن كان في يدهما حكماً فما يصلح للرجال أولهما فالقول قوله ، وإلا فقولها وعن أبي يوسف إن جرت العادة في جهاز مثلها بقدره فالقول قولها .

﴿ وقال ﴾ الشيخ ﴿ في الخلاف ﴾ ومحكي النهاية : ﴿ ما يصلح للرجال للرجل ، وما يصلح للنساء للمرأة ، وما يصلح لهما يقسم بينهما ﴾ بعد التحالف أو النكول ، وقد سبقه إلى ذلك الاسكافي ولحقه ابنا حمزة وإدريس والكيدري والقاضي في ظاهره - وإن خصه بحال الطلاق - وبجي بن سعيد والفاضلان في النافع والتحرير والتلخيص وأبو العباس في المهذب والشهيد في الدروس وغيرهم على ما حكى عن بعضهم .

بل في المسالك نسبته إلى الأكثر ، بل عن نكت النهاية للمصنف نسبته إلى المشهور ، بل عن الخلاف والسرائر الإجماع عليه ، وهو الوجه بعد صحيح النخاس (٢) عن الصادق (عليه السلام) « إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء ، وما يكون للرجال والنساء يقسم بينهما ، قال : وإذا طلق الرجل المرأة فادعت أن المتاع لها وادعى الرجل أن المتاع له كان له ما للرجال ولها ما للنساء » .

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب ميراث الأزواج - الحديث ٤ من كتاب الفرائض .

والموثق (١) : في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل يموت قبل المرأة قال : ما كان من منافع النساء فهو للمرأة ، وما كان من منافع الرجال والنساء فهو بينهما ، ومن استولى على شيء منه فهو له .

وخبر زرعة عن سماعة (٢) : سأله عن الرجل يموت ما له من منافع البيت ؟ قال : السيف والسلاح وثياب جلده ، وقصور الدلالة عن إفادة تمام المدعى صريحاً - كما ذكره جماعة - غير ضائر بعد اعترافهم بالظهور . هذا وفي رواية ﴿ مروية بعدة طرق فيها الصحيح والموثق ﴾ أنه للمرأة ، لأنها تأتي بالمنافع من ﴿ بيت ﴾ أهلها ﴿ وأنتى بها ﴾ الشيخ أيضاً في المحكي من استنبصاره .

قال عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح (٣) : سألتني أبو عبد الله (عليه السلام) كيف قضاء ابن أبي ليلى ؟ قلت : قد قضى في مسألة واحدة بأربعة وجوه في التي يتوفى عنها زوجها فيجيء أهلها وأهلها في منافع البيت ، فقضى فيه بقول إبراهيم النخعي : ما كان من منافع الرجل للرجل ، وما كان من منافع النساء للمرأة ، وما كان من منافع يكون للرجل والمرأة قسمته بينهما نصفين ، ثم ترك هذا القول ، فقال : المرأة بمنزلة الضيف في منزل الرجل ، لو أن رجلاً أضاف رجلاً فادعى منافع بيته كلف البينة ، وكذلك المرأة تكلف البينة ، وإلا فالمنافع للرجل ، ورجع إلى قول آخر ، فقال : القضاء أن المنافع للمرأة إلا أن يقيم الرجل البينة على ما أحدث في بيته ، ثم ترك هذا القول ، ورجع إلى قول إبراهيم الأول ،

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب ميراث الأزواج - الحديث ٣ - ٢

من كتاب الفرائض .

(٣) أشار إليه في الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب ميراث الأزواج - الحديث ١ وذكره في

التعليق ج ٦ ص ٢٩٧ - الرقم ٨٢٩ .

فقال أبو عبد الله (عليه السلام) : القضاء الأخير وإن كان رجع عنه ، المتاع متاع المرأة إلا أن يقيم الرجل البينة ، قد علم من بين لا بتيها - يعني بين جبلي منى ، لأنه قاله ونحن يومئذ بعنى - إن المرأة تزأف إلى بيت زوجها بمتاع » .

وفي خبر آخر له (١) أيضاً حكى للصادق (عليه السلام) فيه اختلاف ابن أبي ليلى في هذه المسألة وقضائه فيها أربع قضايا أولها كما في الخلاف وثانيها كما سمعته من المبسوط ثم قال : « ثم قضى بعد ذلك بقضاء لو لا أني شهدته لم أردته عليه ، ماتت امرأة مناً ولها زوج وترك متاعاً فرفعته إليه ، فقال : اكتبوا لي المتاع فلما قرأه قال : هذا يكون للمرأة والرجل فقد جعلته للمرأة إلا الميزان فإنه من متاع الرجل » ثم سأله ما تقول فيه ؟ فقال : القول الذي أخبرني أنك شهدته منه قال : يكون المتاع للمرأة ، فقال (عليه السلام) : لو سألت من بينها يعني الجليلين - ونحن يومئذ بمكة - لأخبروك أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت الرجل ، فتعطى الذي جاءت به ، وهو المدعى ، فإن زعم أنه أحدث فيه شيئاً فليأت بالبينة » .

❦ و ❦ كيف كان فـ ❦ ما ذكره في الخلاف أشهر في الروايات وأظهر بين الأصحاب ❦ بل عن المبسوط أيضاً نسبته إلى روايات الأصحاب ، بل لعل ما في المختلف راجع إليه - وإن جعله في المسالك قولاً رابعاً واختاره ناسباً له إليه وإلى الشهيد في الشرح وجماعة من المتأخرين - . قال : « والمعتمد أن نقول : إنه إن كان هناك قضاء عرفي يرجع إليه ويحكم به بعد اليمين ، وإلا كان الحكم فيه كما في غيره من الدعاوى - إلى أن قال - : لنا أن عادة الشرع في باب الدعاوى بعد الاعتبار

(١) الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب ميراث الأزواج - الحديث ١ من كتب الفرائض

واللر راجعة إلى ما ذكرنا ، ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناءً على الأصل ، وبأن المنشئ أولى من الخارج ، لقضاء المادة بملكية ما في يد الانسان غالباً ، وحكم بانجاب البينة على من يدهي خلاف الظاهر ، والرجوع إلى من يدعى الظاهر . وأما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع علم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها - ثم قال أيضاً - : واعلم أن ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطي ما فصلناه نحن أولاً ، وبدل عليه حكمه (عليه السلام) بأن العادة قاضية بأن المرأة تأتي بالجهاز من بيتها ، فحكم لها به ، وأن العادة قاضية بأن ما يصلح للرجال خاصة فانه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأة . وكذا ما يصلح للمرأة خاصة يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل ، والمشارك يكون للمرأة قضاءً لحق العادة الشائعة ، ولو فرض خلاف هذه العادة في وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها ضرورة أن مناه أولاً وآخراً الرجحان الناشئ من العادة ولو لكون الشيء لا يصلح إلا لأحدهما ، فان العادة قاضية بذلك ، فرجع كلام المشهور حينئذ إلى ذلك ، خصوصاً بعد نصريح ابن إدريس الذي قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك في ما حكى عنه بذلك .

قال بعد ذكر القول المزبور : « وتعضده الأدلة ، لأن ما يصلح للنساء الظاهر أنه لمن وكذلك ما يصلح للرجال ، وأما ما يصلح للجميع فيدهما معاً عليه ، فيقسم بينهما . لأنه ليس أحدهما أولى به من الآخر ، ولا يرجح أحدهما على الآخر » .

وحينئذ فاطلاق بعض عبارات بعض القائلين منزّل على ذلك ، كما جزم بذلك في الرياض تبعاً للأردبيلي في شرحه .

لكن في التنقيح بعد أن اختار ما سمعته من المبسوط قال : « لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح ، ولأن الحكم بما يصلح له لو كان حقاً لزم

الحكم بمال شخص معين لغيره ، لكونه صالحاً لذلك الغير ، وهو باطل ، بيان لزوم أنه جاز أن يموت للمرأة أب أو أخ فترث منه عاثم وطيايسة ودروعاً وسلاحاً ، وتموت للرجل أم أو أخت فترث منها حلياً ومقانع وقصاً مطرزة بالذهب ، ويكون ذلك تحت أيديهما ، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الانسان لغيره ، لا يقال قال النبي (صلى الله عليه وآله) : نحن نحكم بالظاهر والله أعلم بالسرائر ، وما ذكرنا هو الظاهر ، لأننا نقول : نمنع أن ذلك هو الظاهر ، لأن الظاهر راجح غير مانع من النقيض ، ومع ما ذكرنا من الاحتمال لارجحان ، وأما ما ذكره العلامة من العرف فممنوع ، لأنه لو كان قاعدة شرعية لزم الحكم بذلك في غير الزوجين لو حصل التداعي بين رجل وامرأة في متاع هذا شأنه ، وهو باطل .

وأطلب في الرياض في رده بأنه اجتهد في مقابلة النص ، وبأن الظاهر لا يتنافيه الاحتمال ، وبأن الأدلة المزبورة كافية في حجية مثل هذا الظاهر هنا وإن لم يتعد إلى غيره .

قلت : قد يقال : لا ظهور في النصوص بل ولا الفتاوى على وجه يخرج به عن القواعد المحكمة المقتضية للحكم باليد المفروض اشتراكها على ما لا يصلح إلا لأحدهما :

نعم لو كانت يد فعلية لأحدهما ولو لعدم وقوع الاستعمال في مامضى من الزمان إلا من أحدهما زائدة على يد البيت المشتركة بينهما اتجه الحكم له به حتى لو كان من المختص بغيره ، وكذا لو علم بأنه في الأصل له وإن وضعه في البيت المفروض اشتراكه في اليد لهما ، فان اليد البيئية لا تصلح قاطعة لاستصحاب الملك ، ولعل قوله (عليه السلام) في

صحيح ابن الحجاج (١) السابق : « فتعطي الذي جاءت به من أهلها ، شاهد على ذلك ، ضرورة أن الذي جاءت به جعلته في البيت المشترك بينهما . أما إذا لم يكن ذلك وكانت اليد البيتية لها معاً عليه ولا طريق إلى معرفة مالكة إلا يدهما عليه فالمتجه حيثلده الحكم به بينهما ، ويمكن تنزيل النصوص على ذلك ، بل لعل قوله (عليه السلام) في آخر الموثق (٢) : « ومن استولى شيئاً فهو له » الذي هو كالاستدلال على ما قدمه من الحكم مشعر أو ظاهر في ذلك ، كاشعار قوله (عليه السلام) (٣) : « ثياب جلده » ونحوه ، بل لعل مناع النساء كذلك ، فإن المراد ما يتمتعن به ويستعملنه فعلاً ، ومجرد كونه لا يصلح إلا للنساء مثلاً مع عدم العلم بأعداده للزوجة أو غيره لا ظهور في اختصاصه بالنساء كما سمعته من المقداد ، وربما كان في كلام ابن حمزة ظهور في الجملة في بعض ما قلناه ، لأنه قال : « وإن كان في يد أحدهما - أي شيء من مناع البيت - كانت البينة على اليد الخارجة واليمين على المنشئة » .

وعلى كل حال فإن أمكن تنزيل النصوص والفتاوى على ذلك بمعنى اختصاص كل منهما بما يصلح له مما كان في يده ولو باختصاص استعماله له أو كان معلوم الأصل أنه له كانت المسألة حيثلده على القواعد ، وإلا فلا ريب في أن المتجه المشهور ، لكن في خصوص المفروض الذي لم يكن لأحدهما يد زائدة على اليد البيتية عليه ، ولا علم كون أصله لأحدهما عملاً بالنصوص المزبورة المعتضدة بما سمعت .

ولا ينافيها النصوص (٤) الدالة على كون المتاع للمرأة مطلقاً التي قد سمعناها بعد عدم العمل بها من أحد حتى الشيخ في الاستبصار المحتمل

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب ٨ - من أبواب ميراث الأزواج - الحديث

كون ما فيه جمعاً بين الأخبار لا فتوى ، على أنها غير صريحة ، بل ولا ظاهرة في المخالفة ، بل الأخبار منها ظاهر في إرادة المتاع الذي تأتي به من أهلها .

بل لعل التأمل في النصوص يقتضي تنزيلها على اعتياد كان في السابق أن المرأة تأتي بالمتاع التي يحتاجه البيت من فراش ورحى وأواني ونحوها ، بل هي كالصريحة في عدم حكم خاص تعبدى بين الرجل وزوجته في ذلك ، أو تنزيلها على إرادة بيان فساد القول بكونها كالضيف ، لأن كل أحد يعلم أنها حين تزف إلى زوجها تزف بمتاع ، أو غير ذلك ، فلاحظ وتأمل حتى تعرف قصورها عن معارضة غيرها من وجوه . فضلاً عن القواعد الشرعية .

على أنك قد سمعت ما ذكره الفاضل من دعوى دلالة هذه النصوص على ما عرفته منه الذي قد نزل بعضهم كلام المشهور عليه وإن كان هو بعيداً جداً .

بل كلامه عند التأمل في غاية البعد ، إذ حاصله استفادة الحكم الشرعي من الحكم العادي ، وهو واضح الفساد ، ضرورة عدم مدخلية للعادة في الأحكام الشرعية ، نعم قد يرجع إلى العرف في موضوع الحكم الشرعي لا فيه نفسه ، ودعوى دوران صادق المدعي والمدعى عليه على العادة المزبورة حتى لو كان في يد الآخر واضحة المنع ، بل من المقطوع به عدم إرادته ذلك .

وبالجملة كلامه لا يرجع إلى حاصل ينطبق على القواعد الشرعية الموافقة لأصول الإمامية ، وإن مال إليه جماعة ممن تأخر عنه .

بل من ذلك يعلم النظر فيما ذكره في القواعد من أنه لو كان في دكان عطار وتجار فاختلفا في قاشه أي ما فيه من آلات حكم لكل بالف

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى أبو الزوجة الميتة أنه أعارها بعض ما في بيتها) - ٥٠١ -

صناعته مع يمينه ، على أنه لا يوافق مختاره فيها في مسألة المتاع ، فتأمل جيداً .
﴿ و ﴾ كيف كان قد ﴿ سلو ادعى أبو الميتة أنه أعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره كلف البيعة كغيره من الأسباب ﴾ للعمومات
﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه رواية بالفرق بين الأب وغيره ضعيفة ﴾ في احتمال في الكافي والتهذيب نعم هي في الفقيه هي صحيحة جزماً على ما قيل ، وهي رواية جعفر بن عيسى (١) قال : « كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) جعلت فداك المرأة تموت فيدعي أبوها أنه أعارها بعض ما كان عندها من متاع وخدم أنقبل دعواه بلا بينة أم لا تقبل دعواه بلا بينة ؟ فكتب (عليه السلام) : يجوز بلا بينة ، قال : كنت إليه جعلت فداك إن ادعى زوج المرأة الميتة أو أب الزوج أو أم زوجها في متاعها أو خدمها مثل الذي ادعى أبوها من عارية بعض المتاع أو الخدم أ يكونون بمنزلة الأب في الدعوى ؟ فكتب : لا » .

وقد أظن ابن إدريس في ردّها بأنها كتابة ، ولا يجوز للمستفتي أن يرجع إلا إلى قول المفتي دون ما يجده بخطه بغير خلاف من محصل صابط لأصول الفقه إلى أن قال : « واقصد شاهدت جماعة من متفقهة أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك وأن أبا الميتة لو ادعى كل المتاع وجميع المال كأنه قوله مقبولاً بغير بينة ، وهذا خطأ عظيم في هذا الأمر الجسيم ، لأنهم إن كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه : أحدها أنه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصلي أصحابنا على ما كررنا القول فيه وأطلقناه ، الثاني أن من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك ولا يعمل به إلا إذا سمعه من الراوي من الشارع ، والثالث أن الحديث ما فيه أنه ادعى أبوها جميع متاعها وخدمها ، وإنما قال لبعض ما كان عندها ،

(١) الوسائل - الباب - ٣٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١

ولم يقل جميع ما كان عندها ، ثم إنه مخالف لأصول المذهب ولما عليه إجماع المسلمين أن المدعي لا يعطى بمجرد دعواه - إلى أن قال - . ثم لم يورد هذا الحديث إلا القليل من أصحابنا ، ومن أورده في كتابه لا يورده إلا في باب النوادر ، وشيخنا المفيد وسيدنا المرتضى لم يتعرضا له ولا أوردها في كتبها ، وكذلك غيرها من محققي أصحابنا ، وشيخنا أبو جعفر ما أورده في كتبه ، بل في كتابين منها فحسب إيراداً لا اعتقاداً ، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته - إلى أن قال - : ثم شيخنا أبو جعفر الطوسي رجع عنه وضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهورة عنه المعروفة « ثم حكى عن النفيد أن النوادر هي التي لا عمل عليها ، ثم احتمل حمله على الاستفهام باسقاط حرفه ، أو على إرادة التهجين والذم لمن يرى ذلك ، كما قال الله تعالى (١) : « ذق أنك أنت العزيز الكريم » إلى آخره . ولكن في كشف اللثام « أن الذي رأيناه في حائريات الشيخ أنه سأل عن الرجل إذا ادعى بعد وفاة ابنته إذا هلك عند زوجها أنه قد أعارها جميع متاعها هل يقبل قوله في ذلك كما يقبل في بعضه ؟ وإن ادعى عليها في حياتها ما ادعاه بعد وفاتها من إعارتها بعض المتاع أو كله فما الحكم في ذلك ؟ فأجاب الشيخ القول قول أبيها في الحالين مع يمينه أنه كان أعارها ولم يهبه لها ولا استحقه على وجه - ثم قال في الكشف أيضاً - : وعندني لا إشكال ولا مخالفة فيه للأصول ، وأن المراد ادعاء الأب فيما جهزها به وعلم أنه نقلها من بيت أبيها ، وأنه الذي أعطاه ، فحينئذ إذا ادعى أنه أعارها فالقول قوله ، لأن الأصل عدم انتقال الملك ، والفرق بينه وبين الزوج وأبيه وأمه ظاهر ، لجريان العادة بنقل المتاع والخدم من بيت الأب - ثم قال - : وقريب منه ما في التحرير من الحمل

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى أبو الزوجة المينة أنه أمارها بعض ما في بيتها) - ٥٠٣ -

على الظاهر من أن المرأة تأتي بالمتاع من بيت أهلها .

قلت : لا ريب في ضعف الحملين المزبورين في كلام ابن إدريس ، لعدم جريانها في المسكاتب الخالية عن قرائن الأحوال ، على أن ملاحظة آخرها مناف لها أيضاً ، وأما ما ذكره في التحرير فبأنه لا دليل على حجية مثل هذا الظاهر الذي لا دليل فيه على البقاء على ملكية أهلها لذلك مع العلم بكونه منهم ، ضرورة كون اليد أمانة شرعية على الملك وإن لم يدعه ذو اليد لموت ونحوه ، ولا يعارضها أصالة عدم الانتقال ولا غيرها ، كما هو واضح .

نعم لو فرض كون الدعوى بين الأب والوارث أو بينه وبين البنت بدعوى التملك عليه كان القول قوله حينئذ ، لأنه منكر حينئذ لا مدعى ، وعلى ذلك يحمل ما سمعته من الشيخ في الحائريات ، بل يمكن حمل الخبر المزبور عليه :

ولا ينافيه الفرق بين الأب وغيره ، لامكان دعوى غلبة كون الدعوى بينه وبين البنت في ذلك بخلاف غيرهم ، ولو فرض كون الدعوى على حسب ما عرفت كان القول قولهم أيضاً كالأب وإن أبي الخبر المزبور عن التنزيل على ذلك ونحوه ، فلا ريب في عدم جواز العمل به ، لضعفه عن مقابلة العمومات بعد عدم العمل به من أحد سوى ما يحكى عن الصدوق ، حيث رواه في كتابه الذي قال : « إنه لا يروى فيه إلا ما يعمل به » وقد ذكرنا غير مرة رجوعه عن هذا القول ، كما اعترف به بعض الأفاضل ، والله العالم .

﴿ المقصد الثالث ﴾

﴿ في دعوى المواريث ﴾

﴿ وفيه مسائل : ﴾

﴿ الاولى : ﴾

﴿ لو مات المسلم عن ابنين ﴾ مثلاً ﴿ فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب وادعى الآخر مثله فأنكر أخوه ﴾ ولم يعلم تأريخ أحدهما أو علم تأريخ موت الأب دون الآخر ﴿ فالقول قول المتفق على إسلامه ﴾ المدعى عليه الشركة ﴿ مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه ﴾ إن كان قد ادعى عليه العلم ، وإلا فلا حلف كما في كشف اللثام ، لأنه ضابط الحلف على نفي فعل الغير .

﴿ وكذا لو كانا مملوكين ﴾ مثلاً ﴿ فأعتقا واتفقا على حرية أحدهما واختلفا في الآخر ﴾ إذ المناط في الجميع - وهو استصحاب البقاء على دينه وعلى رقبته - واحد ، كذا ذكره من تعرض لذلك .

لكن قد يشكل الأول بل والثاني - بناءً على أن أصالة تأخر الحادث لا تفيد تأخر نفس المدعى به عن نفس الآخر المعلوم تأريخه - بأن ذلك يقتضي عدم الحكم بإسلامه قبل موت الأب ، وذلك لا يكفي في نفي الارث المقتضي له نفس الولدية ، والكفر والرق مانعان ، لا الإسلام والحرية شرطان حتى يكفي فيه عدم تحقق الشرط ، ومن هنا لو اتفقا على أن

ج ٤٠ (حكم ما لو مات المسلم عن ابنين اتفقا على إرث أحدهما واختلفا في الآخر) - ٥٥٥ -

أحدهما لم يزل مسلماً أو حرّاً واختلفا في الآخر جزم في كشف اللثام بأن القول قول الآخر لأصل الاسلام والحرية والارث ، ويحلف على أن الميت لم يسبق إسلامه ولا حرّيته . وكذا لو ادعى كل منهما ذلك وأنكر الآخر .

وفي المسالك : احتمل في الأول مساواته في الحكم للسابق ، لأصالة عدم الاسلام وتقديم قوله ، لأن ظاهر الدار تشهد له ، وليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا بخلاف السابق ، وكذا في الثاني احتمل الوجهين : أحدهما أنه لا يصرف إلى واحد منها شيء ، لأن الأصل عدم الاستحقاق ، وثانيهما جعل المال بينهما بعد حلف كل واحد منهما ، لأن ظاهر الدار يشهد لكل منهما - لكنه قال - : أصحها الثاني .

وفي كشف اللثام : نعم إن كانت الدار دار كفر وكان إسلام المورث مسبوقاً بكفره احتمل ترجيح الظاهر على الأصل ، فلا يرث المختلف فيه ما لم يعلم انتفاء المانع من إرثه بالبينة ، ولو ادعى المختلف فيه علم الآخر بحاله كان له إحلافه على نفيه .

وفيه ما عرفت أيضاً ، وكذا في قوله أيضاً : « ولو اتفقا على كفر كل منهما أو رقبته زماناً وادعى كل منهما سبق إسلامه أو حرّيته على الموت وأنكر الآخر ولم تكن بينة ولا ادعى أحدهما العلم على الآخر أو ادعاه فحلف على العلم لم يرث أحد منهما ، لأنه لا إرث ما لم يثبت انتفاء المانع ، ولا مجال هنا للحلف ، لأن كلاً منهما مدع لزوال المانع عن نفسه ، وأما إنكاره ففي الحقيقة إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر ، ولا يفيد الحلف عليه ، بل خصمهما في الحقيقة هو الوارث المسلم ، فإن كان غير الامام (عليه السلام) حلف على عدم العلم بزوال المانع ، وضرورة أنك قد عرفت الاكتفاء باحتمال سبق زوال المانع مع فرض جهل تأريخ الموت ، بل الظاهر الاكتفاء بمقارنته ، لاطلاق دليل المقتضي للذي هو

معنى أصل الارث الذي احتج به سابقاً .
 ولو أقام أحدهما بينة في هذه المسائل قضى بها ، ولو أقام كل واحد بينة في صورة اختلافهما بأنه لم يزل مسلماً وصاحبه أسلم بعد موت الأب تعارضتا ورجع إلى القرعة مع عدم المرجح ، بل الظاهر ذلك أيضاً في الأول الذي لم يتعرض فيه لخصوص تأريخ الموت أو الاسلام وإن جعله في المسالك أحد الاحتمالات ، والثاني احتمالاً ، وتقديم بينة مدعي تقدم الاسلام ، لاشتغالها على زيادة ، وهي نقله إلى الاسلام في الوقت السابق ، والأول مستصحب دينه ، فمع الأول زيادة علم ، ورد بأن بينة المتأخر تشهد بالحياة في زمان بينة المتقدم ، فيتحقق التناقض ، قال : « وربما احتمل ضعيفاً تقديم بينة المتأخر بناءً على أنه قد يغمى عليه في التأريخ المتقدم فظن الشاهدان موته ، وهو ضعيف ، لأنه قدح في الشاهد » .
 وهذه الاحتمالات الثلاثة قد ذكرها غير واحد أيضاً في المسألة الثانية ، ولا ريب في ضعف الأخيرين منها ، نعم لو قلنا بعدم قبول بينة الداخل وأنه في المسألة الثانية مدع تأخر الاسلام انجبه حينئذ تقديم بينة الآخر عليه فيها ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿ لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والآخر في غرة رمضان ﴾
 أي أوله ﴿ ثم قال المتقدم : مات الأب قبل دخول ﴾ شهر رمضان ، وقال المتأخر : مات بعد دخول رمضان كان الأصل بقاء الحياة ، والتركة بينهما نصفين ﴿ بلا خلاف ولا إشكال وإن كان المدرك عندنا عدم ثبوت المانع ، فالمقتضى حينئذ بحاله لا استصحاب الحياة ، فتأمل جيداً .

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى ما في يد العير أنه له ولأخيه الغائب إرثاً) - ٥٠٧ -

قال في كشف اللثام هنا : « وكل من أقام منها بينة على دعواه ثبتت ، ولو أقاما تعارضت البيئتان للتناقض ، وربما يحتمل ضعيفاً تقديم مدعي التقديم ، لاشتغال دعواه على زيادة ، وتقديم مدعي التأخير ، لجواز أن يكون قد اغمي عليه أولاً فتوهم الموت ، نعم لو صرحنا هذه البيئة بالاغواء أولاً فلا إشكال في تقديمها ، كما أنه لو صرحنا الأخرى بأنه كان قد مات ولم يعلم بموته إلا بعد رمضان مثلاً لم يكن إشكال في تقديمها . » قلت : قد عرفت احتمال أن بيئة المتأخر بيئة داخل فتقدم عليه بيئة الخارج فتأمل .

المسألة الثالثة :

إذا كان **دار** **مثلاً** في يد انسان وادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثاً عن أبيهما و **أنكر** الانسان ذلك فـ **أقام** **المدعي** **بينة** فان كانت كاملة وشهدت أنه لا وارث سواهما سلم إليه النصف **بلا خلاف** ولا إشكال ، والقاسم الحاكم أو أمينه أو من في يده الدار **وكان الباقي** في يد من كانت الدار في يده **إلى مجيء الغائب** ، كما عن المبسوط ، لعدم ثبوتها له قبل دعواه بها ، إذ البيئة حجة للمدعي بها لا غيره .
و **لكن** الأقوى ما **في الخلاف** **من أنه تنزع** منه **وتجمل** في يد أمين حتى يعود **لأن البينة حجة شرعية** ، كما هو مقتضى إطلاق دليلها إلا إذا ردّها ذو الحق أو رفع يداً عن حقه والحاكم ولي الغائب ، ولأنه بانكاره سقط عن الأمانة ، وفي كشف اللثام « ولأن الدعوى للميت والبيئة له ، ولذا تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه » واختاره في المختلف .

وفيه أن ذلك يقتضي عدم تمامية الدعوى قبل حضور الوارث الآخر، ومن هنا قرّر ذلك في المسالك في وجه اختيار المبسوط لا الخلاف ، وهو مبني على أن الذي يقوم مقام الميت تمام الوارث لا بعضه ، اللهم إلا أن يقال : يكفي في إثبات كونه للميت إقامة بعض الورثة البينة على ذلك ويتبعه حكم الميراث ، بخلاف الشركاء ، فإنه لا يكفي إقامة أحدهم البينة في ثبوت الحق لغيره بدون وكالة أو ولاية ، مع احتماله ، لاطلاق دليل البينة ، فتأمل .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لا يلتزم القابض للنصف إقامة ضمين بما قبض ﴾ للأصل وغيره بعد ثبوت الانحصار بالبينة .
﴿ ونعني بالكمال ذات المعرفة المتقدمة والخبرة الباطنة ﴾ بما شهدت به الظاهر الاكتفاء في ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلك بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر كون المراد بكاملها أنها تشهد بالنفي ، وحينئذ فعدم شهادتهما بذلك هو عدم كمالها ، فقول المصنف : ﴿ ولو لم تكن البينة كاملة وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما ﴾ بمنزلة التفسير لها كقوله أولاً : « وشهدت » إلى آخره .

لكن في المسالك « قد اختلفت عبارات الأصحاب في معنى البينة الكاملة هاهنا ، ففقتضى عبارة المصنف والأكثر أن المراد بها ذات الخبرة والمعرفة بأحوال الميت ، سواء شهدت بأنها لا تعلم وارثاً غيرهما أم لا ، وحينئذ تنقسم إلى ما يثبت بها حق المدعي بأن تشهد بنفي وارث غيره وإلى غيره ، وهي التي لا تشهد بذلك » وقال أولاً في بيان الشهادة : « إذا شهد عدلان من أهل الخبرة بباطن حال الميت أن هذا ابنه مع آخر ليس له وارث غيرهما في ما يعلمان ، ولا يجب القطع بل لا يصح ، ولا تبطل به شهادتهم » وتبعه في ذلك كله كاشف اللثام في تفسير عبارة

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى ما في يد الغير أنه له ولأخيه الغائب إرثاً) - ٥٠٩ -

القواعد التي هي مثل عبارة المتن .

وما أدري ما الذي دعاها إلى ذلك ! ! مع أن حمل العبارة على إرادة التفسير أولى ، كما هو صريح الارشاد ، قال : « ولو ادعى ما في يد الغير أنه له ولأخيه الغائب بالارث وأقام بينة كاملة بأن شهدت بني وارث غيرهما سلم إليه النصف ، ولا ينافي ذلك قوله في المتن : ونعني ، إلى آخره المحمول على إرادة بيان أن الشهادة بالنفي على وجه القطع لا تكون غالباً إلا من ذي الخبرة الباطنة ، ودعوى المفروغة من الاجتزاء بشهادة ذي الخبرة بنفي العلم محل منع وإن جزم به في الدروس كدعوى المفروغة من عدم قبول شهادة غير ذي الخبرة بالنفي على وجه القطع ، بل هو في الحقيقة قدح في الشاهد العدل ، فالتحقيق حينئذ الاكتفاء بالشهادة بالنفي من العدل مطلقاً وعدم الاكتفاء بها إذا كانت بنفي العلم كذلك إلا إذا أريد من عدم العلم النفي فيما يعلم ، فانها شهادة بالنفي حينئذ كما هو ظاهر كلامهم خصوصاً الدروس ، وبهذا المعنى يمكن الفرق بين ذات الخبرة وغيرها ، لكن قد يقال : إن الشهادة بالنفي المزبور أيضاً لا تكون إلا من ذي الخبرة أو شبهه .

نعم قد يقال بالاكتفاء بالاستصحاب بالشهادة بالنفي لخبر معاوية (١) « قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ويدع عياله فيها ثم يأتينا هلاكه ونحن لا ندري ما حدث في داره ولا ندري ما أحدث له من الولد ، إلا أنا لا نعلم نحن أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد ولا نقسم هذه الدار بين ورثته الذين ترك في هذه الدار حتى يشهد شاهداً عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان أو نشهد على هذا ، قال : نعم »

وغيره من النصوص .

وعنى كل حال فما ذكرناه هو المراد بالكمال وعدمه ، ضرورة عدم اعتبار الكمال زائداً على ذلك في شيء مما وصل إلينا من الأدلة ، كما هو واضح . وبذلك ظهر لك ما فيها بل وما في غيرها ، ومن الغريب دعواه في المسالك عدم إمكان الشهادة بالنفي وعدم صحته إلا على إرادة العلم ، إذ هو مخالف للوجدان ، كما هو واضح .

فان كانت البينة كاملة بالمعنى المزبور دفع إلى ذي الحق ، وإلا أرجىء التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان وارث لظهر ﴿ لأن أصل العدم لا يفيد انحصار الوارث في الظاهر ، على أن قاعدة الضرر الحاصل بضمان من في يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضة له ، فأصل البراءة من وجوب الدفع إلى هذا الحاضر الذي لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله .

بل ظاهر قول المصنف وغيره : ﴿ وحينئذ يسلم إلى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً ﴾ أنه لا يجب الدفع بعد البحث والفحص إلا بعد أخذ ضامن منه بما يقبضه لو ظهر بعد ذلك ، بناءً على صحة ضمان العين والمجهول مراعاةً للاحتمال الذي يبقى بعد البحث والفحص .

بل صرح بعضهم كالشهيدي في الدروس وغيره بعدم الاكتفاء بالتكفيل ، لا مكان الائتلاف والاعسار خلافاً لما عن ابن حزة من الاكتفاء به وإن كان ذلك لا يخلو من نظر ، ضرورة عدم العبرة بمثل الاحتمال المفروض شرعاً على وجه برفع وجوب دفع الحق إلى صاحبه ، والأصل براءة ذمته من دفع ضمين ، على أنه إذا وجب مع الضمين وجب بدونه ، ضرورة كون الضمين لا يشخص أنه صاحب الحق ، اللهم إلا أن يكون ذلك كله لقاعدة الضرر التي هي العمدة في الأحكام المزبورة ، وإلا فأصل العدم

ج ٤٠ (حكم ما لو ادعى ما في يد الغير أنه له ولأخيه الغائب إرثاً) - ٥١١ -

لا زالوا يتمسكون به في الموضوعات من غير اعتبار للفحص والظن ،
وقد سمعت جواز الشهادة به ، وليس هو مشخصاً حتى يكون أصلاً مثبتاً ،
بل وجوب الدفع إليه لثبوت كونه وارثاً مع عدم شريك له للأصل ،
فذلك حيثئذ من أحكامه الثابتة له من حيث كونه كذلك ، لا إثبات
شيء آخر به ، كما هو واضح .

ومنه يعلم عدم وجوب خصوص الضمين أو الكفيل ، بل المراد
الوثوق العادي بحضور المال عند ظهور شريك مثلاً ، وربما كان الوارث
موثقاً بوفائه وملاءته . بل منه يعلم أيضاً أن المدار على الاحتمال المعتد به
لا الوهمي .

بل ويعلم أيضاً أن المراد عدم إلزام من في يده المال بالدفع حتى
يستظهر بالبحث والفحص والضمين ، لا عدم الجواز اعتياداً على أصل
العدم بعد البحث والفحص إلا مع أخذ الضمين ، ضرورة كونه المصلحة
بناءً على كون الوجه في المسألة ما عرفت للدافع ، فإذا رضى بالدفع
بلا ضمين لم يكن بذلك بأس ، نعم لو كان الوجه في ذلك الاستظهار
لدى المال الذي لم يتحقق كونه الحاضر بينة شرعية أنجه حيثئذ عدم
الجواز وإن رضى الدافع ، والله العالم .

هذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضر ذا فرض ، وأما إذا كان ذا
فرض لا ينقص عن فرضه على كل تقدير فلا إشكال في وجوب دفع
نصيبه تاماً إليه .

﴿ ولو كان ذا فرض ﴾ ينقص على تقدير وجود الوارث عن
فرضه ﴿ أعطي مع اليقين بانتفاء الوارث ﴾ أو مع الشهادة الكاملة أو
غيرها مع البحث وإعطاء الضمين ﴿ نصيبه تاماً ﴾ بلا إشكال ﴿ وعلى
التقدير الثاني ﴾ أي عدم اليقين واقماً ولا شرعاً ﴿ يعطيه اليقين ﴾

أي ما يتيقن استحقاقه له ﴿ إن كان وارث ، فيعطى الزوج ﴾ مثلاً
 ﴿ الربع ﴾ لاحتمال وجود ولد منها ولو شبهة ﴿ والزوجة ربع الثمن ﴾
 لاحتمال وجود زوجات له ثلاثة ، بدفع ذلك لها ﴿ معجلاً ﴾ من غير تضمين ﴿
 لاستحقاقها إياه على كل حال ﴾ وبعد البحث يتم الحصة ﴿ لها فيعطى
 الزوج النصف والزوجة الثمن ﴾ مع الضمين .

﴿ وإن كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ ﴾ المحجوب بالأبوين
 والأولاد ﴿ فإن أقام البينة الكاملة ﴾ التي تشهد بأنه الوارث لا غير
 ﴿ أعطي المال ﴾ كله ﴿ وإن أقام بينة غير كاملة أعطي بعد البحث
 والاستظهار بالضمين ﴾ ولا يعطى قبله شيء إلا إذا تيقن مقدار مخصوص .
 هذا وفي المسالك تبعاً للدروس « ولو صدق المشتب المدعي على
 عدم وارث غيره فلا عبرة به إن كان المدعي به عيناً ، لأنه إقرار في
 حق الغير ، وإن كان ديناً أمر بالتسليم ، لأنه إقرار في حق نفسه ، لأنه
 لا يتمن للغائب على تقدير ظهوره إلا بقبضه أو قبض وكيله ، وقد تقدم
 البحث في نظيره من دعوى وكالة الغائب في الأمرين » .

وقد وافقهما على ذلك في كشف اللثام ، قال : « وحكم الدين حكم
 العين في جميع ذلك إلا في وجوب انتزاع حصة الغائب ، فقد يقال بالعدم ،
 والفرق أن الأحوط هنا العدم ، لأنه لا يتلف ما لم ينتزع ، لتعلقه بالدمة ،
 وبأن العين شيء واحد شهدت به البينة والدين حقوق متفرقة بعدد
 مستحقيه ، ويفارقها أيضاً في أنه لا يكفي في العين تصديق صاحب اليد
 في الانحصار ، ويكفي في الدين ، فإذا صدقه أعطي نصيبه كاملاً من
 غير بحث ، أخذاً بأقراره » .

قلت : قد عرفت في ما تقدم المناقشة في عدم وجوب دفع العين على
 من في يده مع اعترافه بانحصار الحق في المطالب وإن كان ذلك لا يقتضي

ج ٤٠ (حكم نزاع الزوج وأختى الزوجة في سبقي موت الزوجة على الوالد) - ٥١٣ -

ثبوت الانحصار شرعاً ، وأما وجوب انتزاع الدين فالظاهر أن دليله متحدد مع دليل العين ، فتأمل .

المسألة الرابعة :

﴿ إذا ماتت امرأة وابنها ﴾ مثلاً ولم يعلم سبق أحدهما ولا الاقتران ﴿ فقال أخوها : مات الولد أولاً ﴾ ثم المرأة فالإيراث ﴿ الحاصل من تركتها المشتتة على إرثها ﴾ لي وللزوج نصفان وقال الزوج : بل ماتت المرأة ﴿ أولاً ﴾ فارثها لي ولولدها ﴿ ثم الولد فالمال ﴾ كله ﴿ لي قضي لمن تشهد له البينة ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، فإن أقاما بينتين متكافئتين أقرع على حسب ما تقدم ، إلا أن الظاهر هنا مع نكولها معاً بعد القرعة قسمة نصف المدعى به بينها ، لأنه الذي عليه النزاع دون النصف الآخر ، فانه مفروغ منه للزوج ﴿ ومع عدمها ﴾ أي البينة أصلاً ﴿ لا يقضى بأحدى الدعويين . لأنه لا ميراث إلا مع تحقق الحياة ، فلا ترث الأم من الولد ﴾ لعدم العلم بحياتها حال موته ﴿ ولا الابن من أمه ﴾ لعدم العلم بحياته حال موتها ، ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ يكون تركه الابن لأبيه ﴾ بعد يمينه أنه ما مات قبل أمه ﴿ وتركه الزوجة بين الأخ والزوج ﴾ بعد يمينه أنها ما ماتت قبل ولدها نصفين لا أرباعاً ، لأنه لم يتعارض في النصف يمينان ، كما لا يتعارض في تركه الولد يمينان ، فإن الزوج يدعيه بتقدم موت الزوجة ، فاذا حلف الأخ تعين له ، لأنه حلف سابقاً ما مات قبل أمه ، فيكون بمقتضى اليمينين إرثه لأبيه ، كما أن الأم إرثها بينها لانتفاء واثية الولد بيمين الأخ .

وبذلك ظهر الفرق بين اليمينين والبينتين اللتين قد عرفت الحكم فيها

وكذا الحكم لو نكلا معاً عن الأيمان أصلاً .
هذا إذا لم يتفهما على وقت موت أحدهما فان اتفقا عليه واختلفا في
موت الآخر قبله أو بعده فالمصدق مدعي التأخر ، لأن الأصل دوام
الحياة بناءً على الحكم بتأخر مجهول التأريخ عن معلومه ، وإلا كان الحكم
كما عرفت أيضاً :

ولو علم سبق أحدهما الآخر ولكن لم يعلم بخصوصه ولم يتداعيا فيه
فالمتمجه القرعة التي هي لكل أمر مشكل ، كما أن المتجه مع فرض عدم
التداعي واعترافها معاً بعدم معلومية السبق والاقتران عدم التوارث بين
الأم والولد ، فيختص إرثه بأبيه وقسمة تركته أمه بينهما بالنصف ، والله العالم .

المسألة الخامسة :

﴿ لو قال ﴾ الوارث : ﴿ هذه الأمة ميراث أبي وقالت الزوجة ﴾
مثلاً : ﴿ هذه أصدقني إياها أبوك ﴾ فالقول قول الأول بيمينه ، فان
ادعت المرأة ﴿ ثم ﴾ أقامت بينة قضي بها له ، بل لو ﴿ أقام كل
منهما بينة قضي ﴾ هنا أيضاً ﴿ ب ﴾ بتقديم ﴿ بينة المرأة ﴾ وإن
قلنا بتقديم بينة الداخل في غير المقام ﴿ لأنها ﴾ أي بينتها ﴿ تشهد
بما يمكن خفاؤه على الأخرى ﴾ :

وكذا لو كانت العين في يد أجنبي لا يدعيها فكذلك ، لعدم
التعارض بين البينتين ، نعم لو تناقضتا قطعاً بأن تدعي الاصداق في وقت
بعينه فتشهد بينة الوارث بموته قبل ذلك الوقت تحقق التعارض ، فيقرع
مع عدم المزجج وإن كان ذلك لا يخلو من نظر يعلم مما قدمناه في المباحث
السابقة .

﴿ المقصد الرابع ﴾

﴿ في الاختلاف في الولد ﴾

المعلوم عدم لحوقه بأبوين فصاعداً عندنا ، خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من الإلحاق بهما مع الاشتباه ، بل عن أبي يوسف الإلحاق بثلاثة ، بل عن المتأخرين من العامة جواز الإلحاق بألف أب على قول أبي حنيفة ، بل عنه أيضاً الإلحاق بأمين إذا تنازعنا واشتبه الأمر ، بل قد يأتي بناءً على ما سمعته من متأخريهم جواز إلحاقه بألف أم .

ولا عبرة بالقيافة في مذهبنا ، وفي المرسل عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (١) « لا يؤخذ بقول عراف وقائف » بل عنه (عليه السلام) (٢) أيضاً أنه « لم يكن يقبل شهادة أحد منها » وعن أبي جعفر (عليه السلام) (٣) « من سمع قول قائف أو كاهن أو ساحر فصدقه أكبه الله على منخربه في النار » وما في بعض النصوص من الدلالة على قبولهم (عليهم السلام) قول القائف (٤) محمول على خصوص الواقعة التي طابق فيها قوله الواقع .

(١) الوسائل - الباب - ٣٢ - من كتب الشهادات الحديث ٤ وفيه « لا آخذ يقول عراف ولا قائف » رواه الصدوق (قده) عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول « وهو ليس بمرسل .
(٢) الموجود في البحار - ج ١٠٤ ص ٣١٨ عن فقه الرضا « نروى أنه لا تجوز شهادة عراف ولا كاهن » .

(٣) لم نثر على هذه الرواية مع التتبع الدام في مظانها ، وإنما رواها الشهيد (قده) في المسالك في مسائلنا هذه .

(٤) الكافي ج ١ ص ٣٢٢ .

ومن ذلك خبر المدلجي (١) الذي بشر النبي (صلى الله عليه وآله) أن أقدام أسامة وزيد بعضها من بعض ، فانه (صلى الله عليه وآله) لم يكن في شك من ذلك ، وإنما سر بذلك لظعن المنافقين بينها لإغاظه لهم وكان اعتمادهم على قول القائف .

فما عن الشافعي ومالك واحد - من الرجوع إلى القائف في الولد للخبر المزبور ونحوه فإن لم يكن قافة أو اشتبه عليهم ترك حتى يبلغ الولد فيلحق بمن ينتسب إليه - واضح الفساد :

وكيف كان فـ ﴿ إذا وطئ إثنان ﴾ مثلاً ﴿ امرأة ﴾ في طهر واحد فإن كان عن زنا لم يلحق الولد بأحدهما ، بل إن كان لها زوج يحتمل إلحاقه به ألحق به ، فإن الولد للفراش وللعاهر الحجر ، وإلا كان ولد زنا .

وإن كان ﴿ وطئاً يلحق به النسب ﴾ ولم يعلم سبق أحدهما ﴿ إما بأن يكون زوجة لأحدهما ومشتبهة على الآخر أو مشتبهة عليهما أو يعقد كل منهما عليها عقداً فاسداً ﴾ لا يعلم به ﴿ ثم تأتي بولد لستة أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما ﴾ بلا خلاف أجده فيه بيننا ، فإنها لكل أمر مشكل .

وعن زيد بن أرقم (٢) « أنهم أتوا أمير المؤمنين (عليه السلام) في امرأة أتوها في طهر واحد كلهم يدعي الولد فأقرع وألحق الولد بمن أقرع ، وغرمه ثلثي قيمة الأم ، وأنهم سألوا رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن ذلك فقال : لا أعلم إلا ما قال علي (عليه السلام) ، » .

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٦٢ .

(٢) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٦٧ راجع المستدرک - الباب - ١١ - من أبواب كيفية الحكم

الحديث ٣ و ١٥ .

وعن الباقر (عليه السلام) (١) « إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) سأل أمير المؤمنين (عليه السلام) عن أحجب ما ورد عليه فخبّره بذلك ، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : ليس من قوم يتنازعون ثم فوضوا أمرهم إلى الله تعالى إلا خرج سهم الحق ، إلى غير ذلك مما مر في محله في باب أحكام الأولاد (٢) بل وفي غيره .

وعلى كل حال فذهبنا الرجوع إلى القرعة ~~على~~ سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبيدين أو حربيين أو مختلفين في الإسلام والكفر والحرية والرق أو أباً وابنه ~~على~~ وإن كانت ولاية الأب على الابن وابنه بلا خلاف معتد به أجده بيننا في ذلك ، بل الظاهر الإجماع عليه ، بل ادعاه بعض صريحاً .

وفي صحيح الحلبي (٣) عن الصادق (عليه السلام) « وإذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأة في طهر واحد أقرع بينهم ، فكان الولد للذي نصيبه القرعة » نعم عن لفظة المبسوط أن المسلم والحر أولى ، ولكن قد استقر الإجماع على خلافه .

ولو علم سسقت أحدهما على الآخر في الوطء ففي إلحاقه بالآخر أو القرعة أيضاً بحث مر في كتاب النكاح كما مر البحث في حكم وطء الثاني بعد تخلل الحيضة بينه وبين وطء الأول .

لكن في القواعد وكشف اللثام « أنه إذا كان ذلك انقطع الامكان عن الأول ، لأن الحيض علامة براءة الرحم شرعاً إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح ، لكون الولد للفراش ، إلا أن يعلم الانتفاء ،

(١) الوسائل - الباب - ١٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث .

(٢) راجع ج ٣١ ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

(٣) الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب ميراث ولد الملاحة - الحديث ١ من كتاب الفرائض

وتخلل الحيض لا يفيد العلم به هنا ، لقوة الفراش ، ولو كان زوجاً في نكاح فاسد لم يظهر فساد الزوجين في انقطاع إمكانه نظر ، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقة ، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه على كل من تقديري بجامعة الحيض للحمل وعدمه ، وقوة الفراش لو كانت تنفع لنفعت في اجتماعها في طهر واحد أيضاً ، فتأمل جيداً .

﴿ هذا ﴾ كـ ﴿ إذا لم يكن لأحدهم بينة ﴾ أو كان لكل منهم بينة ولا مرجح ، وإلا حكم بها لمن كانت له ، لكن قد يصعب إقامة أصل البينة مع فرض تحقق الوطء من الكل في طهر واحد .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ سيلحق النسب بالفراش المنفرد ﴾ ولو شبهة ﴿ والدعوى المنفردة ﴾ لمجهول النسب ﴿ وبالفراش المشترك ﴾ بين اثنين فصاعداً ﴿ والدعوى المشتركة ﴾ لمجهول النسب بين اثنين أو أزيد ﴿ و ﴾ لكن المشترك ﴿ يقضي فيه بالبينة ومع عدمها ﴾ أو تعارضها ﴿ بالقرعة ﴾ خلافاً لمن عرفته من العامة .

ولا فرق عندنا بين الرجل والمرأة في ذلك ، فلو استلحقت ولداً فإن لم ينازعها أحد لحق بها ، وإلا فلذات البينة ، فإن لم تكن أو تعارضت فالقرعة ، وقد مرّ في كتاب النكاح والاقرار (١) واللقطة (٢) جملة مما له تعلق في هذا الفصل وإن ذكر بعضهم بعض ذلك هنا ، فقال : « ومن انفرد بدعوى مولود صغير في يده لحقه إلا أن يضر بغيره ، كأن يكون معتقاً ولاؤه لمولاه ، فإن بنوته تقتضي تقدمه على المولى في الارث ، فإن بلغ وانتفى عنه لم يقبل نفيه إلا ببينة ، استصحاباً لما ثبت شرعاً ، وكذا لو أقر بالمجنون فأفاق وأنكر ، وليس لأحدهما إحلاف الأب ، لأنه لو

(١) راجع ج ٢٥ ص ١٥٨ - ١٥٩ .

(٢) راجع ج ٣٨ ص ٢٠٠ .

جحد بعد الإقرار لم يسمع ، ولا ينفق عليك وجه البحث في ذلك .
ثم قال : « ولو ادعى نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالبينة ، وإن سكوت لم يكن تصديقاً ، ولو ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطءاً لشبهة لم يقبل وإن وافقه الزوجان ، بل لابد من البينة على الرطء ، لحق الولد ، ولو تداعيا صبياً وهو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على إشكال في أن اليد هل ترجح النسب كما ترجح الملك ، نعم لو استلحقه صاحب اليد ولو ملتقطاً وحكم له شرعاً لم يحكم للآخر إلا ببينة ، ولو استلحق ولدأ وقال : إنه من زوجتي هذه فأنكرت الزوجة ولادته ففي لحوقه بها بمجرد إقرار الأب نظر ، قلت : بل منع لكونه إقراراً في حق الغير .

« ولو بالغ الصبي بعد أن تداعاه إثنان قبل القرعة فانتسب إلى أحدهما قبل ، وأشكله بعض بأنه إقرار في حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البينة أو القرعة ، ولا عبرة بميل الطبع عندنا ، وإن لم ينتسب إلى أحد منها أقرع إن لم ينكرها معاً ، وإلا لم تفد القرعة بناءً على قبول تصديقه ، ولا يقبل رجوعه بعد الانتساب ، ولا اعتبار بانتساب الصغير وإن كان مميزاً . ونفقته قبل الثبوت شرعاً عليها ، ثم يرجع من ثم تلحقه القرعة به على الآخر ، وفيه أن دفعها قد كان لإقراره فلا وجه لرجوعه .

« ولو أقام كل من المدعين بينة بالنسب وتعارضتا ولا ترجيح حكم بالقرعة عندنا ، ولو أقام أحدهما بينة أن هذا ابنه وآخر بينة أن هذا بنته فظهر خنثى فإن حكم بالذكورية بالبول وغيره فهو للمدعي الابن ، وإن حكم بالأنوثة فهو للمدعي الانثى ، لأن كلاهما لا يستحق إلا من ادعاه ، وإن ظهر خنثى مشكلاً أقرع .

إلى غير ذلك مما ذكره هنا مما هو محل للنظر زيادة على ما أشرنا إليه ، والتعرض لتفصيل ذلك في محله أولى ، نسأل الله التوفيق له .
والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً ، وصلى الله على محمد وآله
الطيبين الطاهرين ، أولياء النعم ، وسادات الأمم ، ومنبع الجود والكرم ،
فانهم وسيلتي إلى ربي في توفيقى لانهام بقية مباحث هذا الكتاب ، ويتلقاه
منى بالقبول ، فانه الجواد الكريم ذو المن القديم والفضل العميم على عبده
المعترف بالتقصير في خدمة اللطيف الخبير ، وفرغ منه مؤلفه العبد العائر
محمد حسن ابن المرحوم الشيخ باقر نجل المرحوم عبد الرحيم نجل المرحوم
أخا محمد الصغير نجل المرحوم عبد الرحيم الشريف الكبير يوم الثلاثاء
خامس جمادى الأولى سنة (١٢٥٠) ألف ومائتين وخمسين ، ويتلوه
إن شاء الله تعالى كتاب الشهادات .

• • •

إلى هنا - والحمد لله - تم الجزء الأربعون ، وقد بذلنا غاية
الجهد في تنميته وتحقيقه والتعليق عايه وتصحيحه فنشكره
سبحانه على ما وفقنا لذلك ، ونسأله أن يديم توفيقنا
لاخراج الأجزاء الأخيرة الثلاثة .
ويتلوه الجزء الحادي والأربعون في كتاب الشهادات
إن شاء الله تعالى .

النجف الأشرف

محمود القوچاني

فهرس الجزء الأربعين

من كتاب جواهر الكلام

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|---------|---|
| ١٣ | عدم صحة إمامة ولد الزنا ولا شهادته | ٧ | القضاء بمعناه اللغوي |
| ١٣ | اعتبار العلم في القاضي . | ٨ | القضاء بمعناه العرفي |
| ١٤ | اعتبار الذكورة في القاضي | ١٠ | وجوب القضاء على الكفاية |
| ١٥ | عدم انعقاد القضاء لمن لا يستقل بأهلية الفتوى | ١١ | عدم احتياج ثبوت القضاء إلى دليل |
| ٢٠ | اعتبار أن يكون القاضي ضابطاً لم يغلب عليه النسيان | | صفات القاضي |
| ٢٠ | هل يشترط علم القاضي بالكتابة ؟ | ١٢ - ٧٢ | |
| ٢٠ | عدم انعقاد القضاء للمرأة | ١٢ | شرائط القاضي |
| ٢١ | عدم انعقاد القضاء للأعمى | ١٢ | عدم انعقاد القضاء للصبي |
| ٢١ | عدم اشتراط الحرية في القاضي | ١٢ | عدم انعقاد القضاء للكافر |
| ٢١ | هل يعتبر النطق والسمع والمحورما في القاضي ؟ | ١٢ | عدم انعقاد القضاء لغير المؤمن |
| ٢٢ | هل تعتبر الشروط المتقدمة في المقتضى أيضاً ؟ | ١٣ | عدم صلاحية الفاسق لمنصب القضاء |
| | | ١٣ | اعتبار الأمانة والمحافظة على الواجبات في القاضي |
| | | ١٣ | عدم انعقاد القضاء لولد الزنا |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|----------------------------------|--------|--------------------------------|
| ٢٣ | يشترط في ثبوت الولاية إذن | ٣٨ | وجوب تولي القضاء كفاية |
| | الامام (ع) أو منصوبه | ٣٩ | اختصاص منصب القضاء بالامام |
| ٢٣ | نفوذ حكم قاضي التحكيم | | (عليه السلام) |
| ٢٣ | هل يشترط رضا الخصمين بالحكم | ٤٠ | لزوم بعث القاضي إلى البلد |
| | بعده ؟ | | الحالي عنه |
| ٢٧ | هل لقاضي التحكيم بقية شؤون | ٤٠ | عدم جواز اتفاق أهل البلد على |
| | القاضي المنصوب ؟ | | منع القاضي المبعوث |
| ٢٨ | يعتبر في قاضي التحكيم ما يشترط | ٤٠ | عدم إجبار شخص معين على القضاء |
| | في القاضي المنصوب | | مع وجود من يستجمع الشرائط |
| ٢٩ | الدليل على نفوذ حكم قاضي التحكيم | ٤٠ | عدم جواز الامتناع لو ألزمه |
| ٣١ | نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط | | الامام (ع) بالقضاء |
| | في زمن الغيبة | ٤١ | لزوم إجابة الامام (ع) لو انحصر |
| ٣٤ | الاكتفاء بتجزى الاجتهاد في | | من له أهلية القضاء |
| | الحكومة | ٤١ | وجوب أن يعرف نفسه للامام |
| ٣٤ | فتوى المجتهد المتجزى حجة | | (عليه السلام) |
| | له ولغيره | ٤٢ | حكم ما لو تعدد القابلون للقضاء |
| ٣٥ | عدم جواز الرجوع إلى قضاة | ٤٢ | رجحان طلب منصب القضاء إذا |
| | الجور | | وثق من نفسه |
| ٣٦ | صحة المعاملات بأحكام المخالفين | ٤٢ | هل يجوز أن يبذل المال لتولي |
| | تقية | | القضاء ؟ |
| ٣٧ | استحباب تولي القضاء لمن يثق | ٤٢ | حكم ما إذا وجد إثنان متفاوتان |
| | من نفسه بالقيام بشرائطه | | في الفضيلة مع استكمال الشرائط |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|--------|--|
| ٤٣ | هل يجوز أن يختار الإمام (ع) المفضل للقضاء ؟ | ٥٢ | هل يجوز ارتزاق القاضي إذا كان له كفاية من ماله ؟ |
| ٤٣ | هل يجوز الترافع إلى المفضل وتقليده في زمان الغيبة ؟ | ٥٢ | هل يجوز للقاضي أخذ الجمل من المتحاكين |
| ٤٦ | هل تقدم الأفضل شرط أو مانع ؟ | ٥٣ | عدم جواز أخذ الشاهد الأجرة على أدائها |
| ٤٦ | مضي حكم المفضل مع الترافع إليه | ٥٤ | جواز أخذ الأجرة لو احتاج السعي للشهادة إلى معونة |
| ٤٦ | المدار على الفضيلة في الفقه | ٥٤ | هل يجوز أخذ الأجرة على تحمل الشهادة ؟ |
| ٤٧ | جواز استخلاف القاضي وعده تابع لأذن الإمام (ع) | ٥٤ | جواز أخذ الأجرة للمؤذن والقاسم |
| ٤٧ | هل يجوز الاستخلاف لتولي القضاء مع الإطلاق ؟ | ٥٤ | وكاتب القاضي والمترجم وصاحب الديوان ووالي بيت المال |
| ٤٨ | ما يعتبر في المنصوب يعتبر في الذي يستخلفه أيضاً | ٥٤ | جواز أخذ الأجرة لمن يكبل للناس ويزن ومن يعلم الآداب والسنن |
| ٤٨ | اعتبار الاجتهاد في المستخلف | ٥٥ | ما يثبت به ولاية القاضي |
| ٤٩ | جواز التوكيل في إنشاء صيغة الحكم | ٥٥ | ثبوت النسب والملك والموت والنكاح والوقف والعنق والرق بالامتناع |
| ٤٩ | جواز تولية الحكم للمقلد | ٥٦ | حجية الشيع |
| ٥٠ | جواز نصب نائب الغيبة قيماً على نحو الوقف والأطفال | ٥٨ | ثبوت ولاية القاضي بشاهدين |
| ٥٠ | عدم انعزال المنصوب قيماً للأطفال بموت الناصب | | |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|----------|--|
| ٥٩ | عدم وجوب قبول الولاية على أهل البلد لو لم تثبت بحجة شرعية | ٦٦ | القول بانعزال الخليفة بموت القاضي |
| ٥٩ | جواز نصب قاضيين في البلد الواحد | ٦٨ | هل تنعقد ولاية فائد الشرائط |
| ٥٩ | هل يجوز التشريك بين القاضيين في الجهة الواحدة ؟ | ٧١ | لو نصبه الامام (ع) مصلحة ؟ |
| ٦٠ | جواز التشريك بين القاضيين على جهة الاستقلال | | من لا تقبل شهادته في الموارد الخاصة لا ينفذ حكمه فيها |
| ٦١ | انعزال القاضي بالجنون والفسق ونحوهما | | آداب القاضي |
| ٦١ | عدم نفوذ حكم القاضي لو حدث فيه ما يوجب انعزاله | ٧٢ - ١٣٩ | |
| ٦١ | هل يجوز أن يعزل القاضي اقترافاً ؟ | ٧٢ | آداب القاضي مستحبة ومكروهة |
| ٦٢ | جواز عزل الامام (ع) القاضي لأجل المصلحة | ٧٣ | استحباب أن يطلب القاضي قبل دخول البلد من يسأله عما يحتاج إليه في أمور بلده |
| ٦٢ | هل ينزل القاضي بمجرد العزل أو يتوقف على بلوغ الخبر ؟ | ٧٣ | استحباب أن يسكن القاضي في وسط البلد عند وصوله |
| ٦٤ | هل تنعزل القضاة بموت الامام (عليه السلام) أم لا ؟ | ٧٣ | استحباب أن ينادي القاضي بقدمه |
| ١٥ | انعزال نوّاب القاضي المنصوب بموته | ٧٣ | استحباب أن يكون دخول القاضي البلد يوم الاثنين |
| ٦٦ | عدم انعزال خليفة القاضي بموته | ٧٣ | استحباب أن يجلس القاضي في موضع بارز |
| | | ٧٣ | استحباب أن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول |
| | | ٧٤ | استحباب أن يصلي القاضي عند |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|--------|--|
| ٧٩ | كراهة أن يتخذ القاضي حاجباً وقت القضاء | ٧٤ | دخوله المسجد تحيةً لو اتفق القضاء فيه |
| ٨٠ | كراهة أن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً | ٧٤ | استحباب أن يجلس القاضي مستدبر القبلة |
| ٨١ | كراهة القضاء حال الغضب | ٧٤ | القول باستحباب جلوسه مستقبل القبلة |
| ٨١ | كراهة القضاء مع كل وصف يساوي الغضب | ٧٤ | استحباب أن يسأل القاضي قبل القضاء عن أهل السجون وعن موجب حبسهم |
| ٨٣ | نفوذ حكم القاضي لو صدر منه القضاء حقاً في هذه الأحوال | ٧٥ | استحباب أن يسأل القاضي عن الأوصيا عن الابتام |
| ٨٣ | كراهة أن يتولى القاضي البيع والشراء لنفسه | ٧٦ | استحباب أن ينظر القاضي في أثناء الحاكم الأول |
| ٨٣ | كراهة أن يتحاكم القاضي مع غيره | ٧٧ | استحباب أن ينظر القاضي في الضوال واللقط |
| ٨٤ | كراهة أن يستعمل القاضي الانقباض في وجوه الخصوم | ٧٧ | استحباب أن يكون القاضي في أجل هيئة وسكينة ووقار |
| ٨٤ | كراهة أن يستعمل القاضي اللين | ٧٧ | استحباب أن يحضر القاضي من أهل العلم من يشهد حكمه |
| ٨٤ | كراهة أن يجعل القاضي للشهادة قوماً مخصوصين | ٧٩ | ما أخطأه القاضي فعلى بيت المال |
| ٨٦ | جواز أن يقضي الامام (ع) بعلمه | ٧٩ | حكم ما لو تعدى أحد الغريمين في مجلس القضاء |
| ٨٨ | جواز أن يقضي الحاكم بعلمه في حقوق الناس | | |
| ٨٨ | هل للحاكم أن يقضي بعلمه في حقوق الله ؟ | | |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|--------|--|
| ٩١ | علم لزوم البيئة مع علم الحاكم | ١٠٣ | رأيه لدليل ظني لإعلام مقلديه ؟ |
| ٩٢ | الصور المستثناة من القول بالمنع من القضاء بالعلم | ١٠٣ | حكم ما لو اختلف المتعاقدان في الصحة والفساد |
| ٩٢ | المراد بالعلم في المقام هو الأعم من اليقين والاعتقاد | ١٠٣ | ليس على الحاكم تنبج حكم من قبله |
| ٩٣ | حكم ما لو لم يعرف الحاكم عدالة البيئة | ١٠٣ | لزوم النظر في الحكم الأول لو زعم المحكوم عليه أنه حكم عليه بالجور |
| ٩٣ | الحاكم الثاني ينظر في حكم الحاكم الأول بحسب الغريم | ١٠٤ | الحاكم الثاني يبطل حكم الأول لو ثبت عنده ما يبطله |
| ٩٤ | الحاكم الثاني يبطل حكم الأول لو بان خطأه | ١٠٤ | هل النظر في حكم الأول واجب ؟ |
| ٩٤ | الاشكال في نقض الحاكم الثاني حكم الأول | ١٠٥ | حكم ما لو ادعى أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين |
| ٩٧ | جواز نقض الفتوى بالحكم | ١٠٦ | حكم ما لو ادعى أن احكام اخذ منه رشوة |
| ٩٨ | عدم جواز نقض الحكم بالفتوى | ١٠٦ | حكم ما لو بان أن الحاكم ليس من أهل الحكومة |
| ٩٨ | جواز نقض الفتوى بالفتوى | ١٠٦ | نقض الحاكم الثاني حكم الأول لو صدر خطأً عنه غفلةً وكان صواباً عند الثاني |
| ١٠٠ | الفرق بين الحكم والفتوى | ١٠٦ | اعتبار التعدد والعدالة في المترجم |
| ١٠٠ | هل يعتبر في الحكم مقارنته لفصل الخصومة ؟ | ١٠٩ | عدم اعتبار الحرية في المترجم |
| ١٠١ | يجب على المجتهد عند معلومية فساد اجتهاده إعلام مقلديه | | |
| ١٠١ | هل يجب على المجتهد عند تغير | | |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|--------|---|
| ١٠٩ | جريان حكم المترجم على مسمع القاضي الأصم | ١١٤ | عدم جواز التمويل في الشهادة بالعدالة على حسن الطاهر |
| ١٠٩ | الشرائط المعتبرة في كاتب القاضي | ١١٥ | السؤال عن التزكية ينبغي أن يكون سراً |
| ١١٠ | ارتزاق الكاتب والمترجم من بيت المال | ١١٦ | ثبوت العدالة بالشهادة المطلقة |
| ١١٠ | حكم ما لو عرف الحاكم عدالة الشاهدين أو فسقهما | ١١٦ | عدم ثبوت الجرح إلا مفسراً |
| ١١٠ | حكم ما لو جهل الحاكم عدالة الشاهدين | ١١٦ | القول بثبوت الجرح بالشهادة مطلقاً |
| ١١١ | هل يحكم القاضي مع الجهل بعدالة الشاهدين مع تزكية الخصم لهما ؟ | ١١٦ | كفاية العلم بموجب الجرح |
| ١١١ | حكم ما لو عرف الحاكم إسلام الشاهدين وجهل عدالتهما | ١٢٠ | تقديم شهود التعديل على شهود الجرح |
| ١١٢ | العدالة وصف زائد على الإسلام والايمن | ١٢٠ | حكم ما لو تعارضت بينة الجرح وبينة التعديل |
| ١١٣ | المنافسة في القول بأن العدالة ملكة نفسانية | ١٢٢ | حكم تفريق الشهود |
| ١١٣ | حكم ما لو تبين بعد الحكم فسق الشاهدين | ١٢٢ | استحباب تفريق الشهود لمن يخشى التدليس عليه |
| ١١٤ | حكم ما لو ادعى المحكوم عليه امكان حصول العلم للحاكم بفسقهما | ١٢٤ | عدم جواز الشهادة بالجرح إلا مع مشاهدة موجه أو الشيع |
| | | ١٢٤ | عدم جواز الشهادة بالجرح بخبر الواحد |
| | | ١٢٥ | اعتبار صدور الفعل على الوجه المحرم في الجرح |
| | | ١٢٦ | الحكم باستمرار عدالة الشاهد |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|--|--------|--|
| ١٣١ | ثبوت الاثم في دفع الرشوة للوصول إلى الباطل | ١٢٦ | لو ثبتت في زمان جمع القضايا والوثائق والحجج والكتابة عليها |
| ١٣١ | عدم الاثم في دفع الرشوة لو توقف الحق عليه | ١٢٧ | عدم وجوب دفع القرطاس على الحاكم لكتابة المحضر |
| ١٣١ | وجوب إعادة الرشوة إلى صاحبها | ١٢٨ | ينبغي أن يكتب المحضر في نسختين |
| ١٣١ | حرمة الهدية إن دفعت رشوة | ١٢٨ | كراهة أن يعنت الحاكم الشهود إذا كانوا من ذوي البصائر |
| ١٣٣ | ضمان الرشوة على المرتشي | ١٢٨ | استحباب تعنيت الشهود في موضع الريبة |
| ١٣٤ | احضار الحاكم الخصم مجلس القضاء إذا التمس خصمه | ١٢٩ | عدم جواز دخالة الحاكم في كيفية إلقاء الشهادة |
| ١٣٥ | مؤونة إحضار الخصم على الطالب | ١٢٩ | عدم جواز ترغيب الشاهد في الاقدام على الإقامة |
| ١٣٥ | حكم ما لو لم يحضر الخصم مع تبليغه بالحضور | ١٢٩ | عدم جواز ترهيد الشاهد في الاقدام على الإقامة |
| ١٣٥ | حكم ما لو كان عدم حضور الخصم لعذر | ١٢٩ | عدم جواز إيقاف عزم الفريم عن الاقرار في حقوق الناس وجوازه في حقوق الله |
| ١٣٦ | عدم لزوم إحضار الخصم لو كان غائباً | ١٣٠ | كراهة أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه |
| ١٣٧ | الحكم على الغائب | ١٣١ | حرمة أخذ الرشوة |
| ١٣٧ | المرأة كالرجل فيما تقدم لو كانت برزة | | |
| ١٣٨ | الحاكم يبعث إلى المرأة من يثق به لو كانت مخدرة | | |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|--|-------------------------|---|
| ١٤٤ | استحباب أن يأمر الحاكم بتكلم المدعي | ١٣٩ | حكم ما لو ادعى أن الشاهدين شهدا زوراً |
| ١٤٤ | كراهة أن يواجه بالخطاب أحدهما | ١٣٩ | حكم ما لو ادعى أحد الرعية على القاضي |
| ١٤٥ | استحباب ترغيب الحاكم في الصلح | ١٣٩ | بطلان الدعوى على السلطان مع إنكاره |
| ١٤٦ | ابتداء الحاكم بالخصم الوارد أولاً | كيفية مجلس الحكم | |
| ١٤٦ | الفرقة بين الخصوم لو وردوا جميعاً | | |
| ١٤٧ | الرجوع إلى الفرقة عند الازدحام على المفتي والمدرس | ٣٠٢ - ١٣٩ | |
| ١٤٧ | عدم سماع دعوى المدعي عليه القاطعة للدعوى السابقة | ١٣٩ | التسوية بين الخصمين المسلمين |
| ١٤٧ | سماع دعوى المبتدئ بها | ١٤٢ | عدم لزوم التسوية بين الخصمين في الميل بالقلب |
| ١٤٧ | سماع دعوى الذي على يمين صاحبه لو ابتدرا معاً | ١٤٣ | حكم ما لو كان أحد الخصمين مسلماً والآخر ذمياً |
| ١٤٨ | تقديم الذي يستنصر بالتأخير في سماع دعواه | ١٤٣ | عدم جواز تلقين الحاكم أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه |
| ١٤٨ | كراهة الشفاعة من الحاكم في إسقاط حق أو إبطال دعوى | ١٤٤ | عدم جواز أن يهدى الحاكم الخصم وجوه الحجاج |
| ١٤٩ | عدم سماع الدعوى المجهولة | ١٤٤ | عدم اندراج الاستفسار والتحقيق في التلقين |
| ١٤٩ | قبول الاقرار المجهول | ١٤٤ | حرمة التلقين مختص بما إذا لم يعلم الحق |
| ١٥١ | بيان ما يعتبر من ذكر الأوصاف لو كان المدعى من الأئمان أو غيرها | | |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|--------|---|
| ١٥٢ | سماع الدعوى المجهولة لو كانت وصية | ١٦٣ | اعتبار العلم بالاسم والنسب في كتابة الحكم |
| ١٥٣ | لزوم إيراد الدعوى بصيغة الجزم | ١٦٣ | الاكتفاء بالشهادة على الصفات الشخصية |
| ١٥٤ | سماع الدعوى مطلقاً في مقام التهمة | ١٦٤ | إنظار الغريم لو ادعى الاعسار |
| ١٥٥ | تحقق الخصومة مع عدم الجزم فيما يجده الوصي أو الوارث من السندات ونحوها | ١٦٥ | هل يسلم الغريم إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاخذوه ؟ |
| ١٥٧ | هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو ينتظر التماس المدعي ؟ | ١٦٧ | هل يحبس الغريم حتى يعلم حاله ؟ |
| ١٥٨ | حكم ما لو ادعى أحد الرعية على القاضي | ١٦٩ | حكم ما لو أنكر المدعى عليه ثبوت الحق عليه |
| ١٥٩ | استحباب جلوس الخصمين بين يدي الحاكم | ١٧٠ | عدم لزوم الحلف على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي |
| ١٥٩ | جواب المدعى عليه على ثلاثة أقسام | ١٧١ | عدم العبرة بحلف المنكر لو كان بدون مطالبة المدعي |
| ١٥٩ | إلزام المدعى عليه باقراره مع الشروط | ١٧١ | سقوط الدعوى بحلف المنكر |
| ١٦١ | عدم الفرق بين البينة والاقرار | ١٧١ | عدم جواز المقاصة من مال الغريم لو ظفر به المدعي بعد سقوط الدعوى |
| ١٦٢ | هل يحكم على المدعى عليه بمجرد الاقرار ؟ | ١٧٢ | عدم سماع الدعوى ثانية بعد سقوطها |
| ١٦٣ | صورة الحكم | ١٧٣ | حكم ما لو أقام المدعي البينة بعد حلف المنكر |
| ١٦٣ | عدم لزوم كتابة الحكم | | |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|-----------------------------------|--------|----------------------------------|
| ١٧٣ | حكم ما لو أقام المدعي بعد | ١٩٢ | ليس للحاكم أن يسأل البينة ما لم |
| | الاحلاف شاهداً مع اليمين | | يلتمسه المدعي |
| ١٧٣ | حكم ما لو كذب المنكر الحالف | ١٩٢ | لا يحكم القاضي مع إقامة البينة |
| | نفسه بالاقرار | | إلا بمسألة المدعي |
| ١٧٥ | عدم الفرق في الاقرار بين كونه | ١٩٢ | استفسار الحاكم عن جرح البينة |
| | عند الحاكم وعدمه | | من قبل الخصم |
| ١٧٦ | لزوم الحلف على المدعي لو ردّ | ١٩٣ | القاضي يحكم لو تعذر الجرح مع |
| | اليمين عليه | | سؤال المدعي |
| ١٧٨ | هل اليمين من المدعي بمنزلة البينة | ١٩٤ | المدعي لا يستحلف مع البينة |
| | أو الاقرار ؟ | ١٩٤ | استحلاف المدعي مع البينة إن |
| ١٨٠ | سقوط الدعوى بنكول المدعي | | كانت الدعوى على الميت |
| | عن اليمين المردودة | ١٩٧ | كفاية يمين واحدة من أحد الورثة |
| ١٨٢ | حكم ما لو ردت على المدعي اليمين | ١٩٩ | استحلاف المدعي مع البينة |
| | فلذكر أن دعواه ظنية | | مختص بدعواه الدين على الميت |
| ١٨٢ | حكم ما لو امتنع المنكر من | ٢٠١ | عدم لزوم ضم اليمين إلى البينة |
| | الحلف والردّ | | لو قامت على صبي أو مجنون |
| ١٨٩ | حكم ما لو بذل المنكر بيمينه بعد | | أو غائب |
| | الحكم عليه بالنكول | ٢٠٢ | هل يكتفى باليمين مع الشاهد على |
| ١٩٠ | جواز حلف المنكر قبل حلف | | الميت عن يمين الاستظهار ؟ |
| | المدعي اليمين المردودة | ٢٠٢ | لزوم التكفيل في دفع الحاكم من |
| ١٩١ | هل يأمر الحاكم باحضار المدعي | | مالك الغائب |
| | بيئته ؟ | ٢٠٤ | بيان المراد من الكفالة في المقام |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|--|--------|--|
| ٢٠٤ | الحاكم يغير المدعى بين الصبر وإحلاف الغريم لو ذكر أن له بينة غائبة | ٢٢٠ | الأمارات الشرعية |
| ٢٠٥ | عدم لزوم التكفيل لو ذكر المدعى أن له بينة غائبة | ٢٢٠ | مشروعية الحكم على الغائب |
| ٢٠٦ | هل يتعين التكفيل في ضرب مدته ثلاثة أيام ؟ | ٢٢٠ | هل يشترط في الحكم على الغائب دعوى جحوده |
| ٢٠٧ | ليس للحاكم حبس المدعى عليه ولا مطالبة بكفيل لو أقام شاهداً واحداً | ٢٢١ | الحكم على من غاب عن مجلس القضاء ولو مسافراً |
| ٢٠٧ | إجبار المنكر بالجواب | ٢٢١ | الحكم على من غاب عن مجلس القضاء عن غير عذر |
| ٢١١ | حكم ما لو كان المدعى عليه أخرس | ٢٢٢ | الحكم على الغائب في حقوق الناس |
| ٢١١ | اعتبار مترجمين عدلين في تفسير إشارة الأخرس | ٢٢٢ | عدم الحكم على الغائب في حقوق الله |
| ٢١١ | حكم ما لو أجاب المدعى عليه بنفي العلم | ٢٢٣ | حكم ما لو اشتمل الحكم على الحقيقين |
| ٢١٧ | الوارث في الدعوى على الميت منكر | ٢٢٤ | حكم ما لو كان صاحب الحق غائباً والوكيل مطالب فادعى الغريم التسليم إلى الموكل |
| ٢١٧ | بيان المراد باعتبار الجزم في اليمين | ٢٢٥ | كيفية الاستحلاف |
| ٢١٧ | الجواب بعدم العلم إنكار | ٢٢٥ | عدم جواز الاحلاف بغير الله |
| ٢١٨ | القول بجواز الحلف على مقتضى | ٢٢٦ | عدم اعتبار إضافة شيء من صفات الذات إلى الاسم |
| | | ٢٢٦ | القول بعدم الاقتصار في المجوس |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|--|--------|--|
| ٢٣٦ | عدم انحلال اليمين على عدم إجابة التغليظ بالتأنيص الخصم | ٢٢٧ | عدم جواز الإحلاف بغير أسماء الله |
| ٢٣٦ | حكم ما لو حلف ألا يجيب إلى التغليظ فالتعصم خصمه | ٢٢٨ | جواز إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه |
| ٢٣٧ | حلف الأخرس بالإشارة | ٢٢٩ | استحباب تقديم الحاكم العظة على اليمين والتخويف من عاقبتها |
| ٢٣٨ | الكيفية الثانية لحلف الأخرس | ٢٣٠ | ما يكفي من القول عند الحلف |
| ٢٣٨ | القول الثالث في كيفية حلف الأخرس | ٢٣٠ | استحباب تغليظ اليمين |
| ٢٤٠ | عدم استحلاف الحاكم إلا في مجلس القضاء | ٢٣١ | كيفية التغليظ بالقول |
| ٢٤٠ | استنابة الحاكم غيره ليستحلف الخصم في منزله عند العلر من الحضور | ٢٣١ | تغليظ اليمين بالمكان |
| ٢٤١ | يمين المنكر والمدعي | ٢٣١ | تغليظ اليمين بالزمان |
| ٢٤١ | توجه اليمين على المنكر | ٢٣٢ | تغليظ اليمين على الكافر بالأمكنة والأزمنة التي يعتقد شرفها وحرمتها |
| ٢٤١ | توجه اليمين على المدعي مع الرد ومع الشاهد | ٢٣٢ | تغليظ اليمين على الكافر بالأقوال التي يعتقد حرمتها |
| ٢٤١ | توجه اليمين على المدعي مع اللوث في دعوى الدم | ٢٣٣ | استحباب التغليظ في الحقوق كلها |
| ٢٤١ | لا يمين للمنكر مع بينة المدعي | ٢٣٣ | عدم التغليظ باليمين في المال الذي أقل من نصاب القطع |
| ٢٤٢ | اعتبار الجزم في الحلف | ٢٣٤ | عدم جواز الإيجابار على التغليظ |
| ٢٤٢ | كفاية الحلف على نفي العلم في | ٢٣٥ | عدم التغليظ على المولى المنكر لدعوى العبد الرقية وقيمه أقل من نصاب القطع |

| الموضوع | الصفحة | الموضوع | الصفحة |
|-------------------------------------|--------|--------------------------------------|--------|
| مورد يستحق الجواب | | نفي فعل الغير | |
| ٢٤٨ القضاء على المنكر بمجرد النكول | | ٢٤٣ هل الدهوى على عبد الانسان | |
| ٢٤٩ القول بالقضاء على المنكر يمين | | كالدهوى على الميت ؟ | |
| المدعي | | ٢٤٤ حكم ما لو ادعى أن بهيمة الغير | |
| ٢٤٩ عدم توجه اليمين على الوارث | | أتلف ماله | |
| ما لم يدع عليه العلم | | ٢٤٤ حكم ما لو ادعى على الوكيل | |
| ٢٥٠ كفاية الحلف أنه لا يعلم لو ادعى | | أنه يعلم أن الموكل أذن له تسليم | |
| على الوارث العلم بموت المورث | | المبيع | |
| ٢٥٠ كيفية الحلف على الوارث لو | | ٢٤٥ حكم ما لو طولب البائع بتسليم | |
| ثبت الحق والوفاء وادعى أن | | المبيع فادعى حدوث العجز | |
| في يده مالا | | ٢٤٥ حكم ما لو ادعى أنه أخ لابن الميت | |
| ٢٥٢ الالتزام بيمين البت في الوارث | | ٢٤٧ لا يمين على المدعي إلا مع الرد | |
| وغیره | | أو نكول المدعي عليه | |
| ٢٥٣ الغريم هو المولى لو أقيمت | | ٢٤٧ حكم ما لو رد المنكر اليمين | |
| الدعوى على المملوك | | ثم بذلها قبل حلف المدعي | |
| ٢٥٤ الغريم نفس المملوك لو لم تكن | | ٢٤٧ كفاية الحلف على نفي الاستحقاق | |
| الدعوى على ما يرجع إلى السيد | | مع الانكار | |
| ٢٥٤ المراد من الدعوى على المملوك | | ٢٤٨ حكم ما لو ادعى عليه غصباً | |
| هو الدعوى من حيث إنه مملوك | | أو إجارة | |
| ٢٥٧ عدم سماع الدعوى في الحدود | | ٢٤٨ انقلاب المنكر مدعياً لو ادعى | |
| بدون البينة | | الابراء أو الاقباض | |
| ٢٥٧ حكم ما لو قذف بالزنا ولا بينة | | ٢٤٨ توجه اليمين على المنكر في كل | |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|--------|---|
| ٢٥٨ | عدم مشروعية اليمين في الحدود | ٢٦٨ | اليمين مع الشاهد |
| ٢٦٠ | توجه اليمين على منكر السرقة | ٢٦٨ | اليمين مع الشاهد واليمين |
| ٢٦٠ | لزوم المال دون القطع لو نكل منكر السرقة | ٢٧٠ | اعتبار تقدم الشاهد على اليمين |
| ٢٦١ | هل للمدعي الرجوع إلى بيته أو أعرض عنها والتمس اليمين | ٢٧٢ | ثبوت الحكم بالشاهد واليمين |
| ٢٦٢ | قبول دعوى صاحب النصاب إبداله أثناء الحول بلا يمين | ٢٧٢ | في الأموال والمعاوضات وبعض الجنابات |
| ٢٦٢ | قبول دعوى صاحب المال نقصانه عن النصاب | ٢٧٥ | كفاية الرائتين مع اليمين في ثبوت الحكم |
| ٢٦٢ | قبول دعوى الذي الأسلام قبل الحول | ٢٧٥ | هل يثبت النكاح بالشاهد واليمين؟ |
| ٢٦٢ | هل تقبل دعوى الحربي بأن الانبات بالعلاج ؟ | ٢٧٦ | عدم ثبوت الخلع والطلاق والرجعة والعق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية إليه بالشاهد واليمين |
| ٢٦٢ | هل تقبل دعوى الحربي البلوغ مطلقاً أو بالاحتلام ؟ | ٢٧٧ | هل يثبت الوقف بالشاهد واليمين؟ |
| ٢٦٤ | الدعاوي التي تقبل من غير بيعة | ٢٧٩ | بيان الضابط في الثبوت بالشاهد واليمين |
| ٢٦٥ | حكم ما لو ادعى على الميت بالدين أو الوصية | ٢٧٩ | عدم ثبوت دعوى الجماعة مع الشاهد إلا مع حلف كل واحد منهم |
| ٢٦٧ | حكم ما لو كان على الميت دين ووقع النزاع بين الوارث والدين | ٢٨٠ | ثبوت نصيب من حلف من الجماعة دون الممتنع |
| ٢٦٨ | اليمين مع الشاهد | ٢٨٠ | ليس لولد التاكل بعد موت أبيه أن يحلف |
| | | ٢٨١ | هل يجب إعادة الشهادة لحلف الولد؟ |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|----------------------------------|--------|----------------------------------|
| | فيها بالشاهد واليمين | ٢٨١ | اعتبار العلم بما يحلف عليه |
| ٢٨٩ | ثبوت كسوة الجارية أم الولد | ٢٨٢ | عدم إثبات الحلف مالا لغيره |
| | باقرار الشخص | ٢٨٢ | حكم ما لو ادعى غريم الميت |
| ٢٨٩ | حكم الولد المقر به من المملوكة | | مالاً له على آخر |
| | المنازع فيها | ٢٨٣ | حكم ما لو امتنع الوارث عن |
| ٢٩١ | ثبوت الوقف على الذرية يمينهم | | الحلف على ثبوت مسان للميت |
| | مع الشاهد | | على آخر |
| ٢٩١ | هل أخذ البطن المتأخر الدار | ٢٨٤ | حكم ما لو ادعى رهنأ وأقام |
| | المزبورة متوقف على يمينهم | | شاهداً أنه للرهن |
| ٢٩٣ | حكم ما لو مات أحد الحالفين | ٢٨٤ | حكم ما لو ادعى الجاعة مالا |
| | من الورثة | | لمورثهم وحلفوا مع شاهدهم |
| ٢٩٣ | الحكم بالميراث لو لم يحلف الورثة | ٢٨٤ | حكم ما لو ادعى الجاعة مالا |
| | بالوقفية وبوقفية نصيب المدعين | | لمورثهم فحلف البعض دون آخر |
| ٢٩٤ | حكم ما لو حلف بعض الورثة | ٢٨٦ | عدم الفرق بين الدين والعين |
| | بالوقفية دون آخر | | في المقام |
| ٢٩٧ | عدم لزوم اليمين على البطون | ٢٨٨ | حكم ما لو كان في الجاعة مولى |
| | المتأخرة لو أثبت الوقفية البطن | | عليه |
| | الأول | ٢٨٨ | حكم ما لو مات المولى عليه |
| ٢٩٧ | عدم لزوم اليمين ثانية لو انقرضت | | قبل الحلف ورشده |
| | البطون وصار إلى الفقراء أو | ٢٨٨ | انتزاع حصة الغائب أو المولى عليه |
| | المصالح | | إذا ثبت حق الورثة بالبينة |
| ٢٩٧ | لزوم اليمين على البطن الثاني لو | ٢٨٩ | ثبوت الرقية في الجارية المنازع |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|-----------|--|--------|--|
| | البلد مساوياً له في الاسم والنسبة | ٣١٩ | على فسقه |
| ٣٢٤ | امتناع المشهود عليه من تسليم ما عليه حتى يشهد القابض | ٣١٩ | عدم جواز العمل بالفتوى بمجرد فسق المفتي |
| ٣٢٥ | عدم لزوم دفع الحجة على المدعي | ٣٢٠ | عدم جواز العمل بحكم قاضي التنفيذ بمجرد فسقه |
| | احكام القسمة | ٣٢٠ | عدم نقض الحكم بعروض الجنون والموت على القاضي |
| ٣٢٥ - ٣٧٠ | | ٣٢٠ | جواز البقاء على فتوى الميت وعدم الرجوع إليه ابتداءً |
| ٣٢٥ | مشروعية القسمة | ٣٢٠ | جواز البقاء على فتوى المجنون والرجوع إليه ابتداءً |
| ٣٢٦ | استحباب أن ينصب الامام (ع) قاسماً | ٣٢١ | عدم تأثير تقيّد حال المكتوب إليه في حجية الكتاب |
| ٣٢٧ | الشروط المعبرة في القاسم | ٣٢١ | صححة الكتابة إلى المعين وغير المعين |
| ٣٢٧ | عدم اعتبار الحرية في القاسم | ٣٢٢ | إلزام أداء المدعى عليه بما حكم عليه لو أقرّ به |
| ٣٢٧ | جواز نصب الخصمين قاسماً | ٣٢٢ | تقديم قول المنكر مع يمينه لو لم تكن الشهادة عليه بعينه |
| ٣٢٧ | عدم اشتراط العدالة في القاسم | ٣٢٣ | عدم الالتفات إلى إنكار المنكر لو كانت الشهادة بوصف يتعذر إتفاقه إلا نادراً |
| ٣٢٧ | عدم اعتبار الاسلام في القاسم | ٣٢٣ | حكم ما لو ادعى المنكر أن في |
| ٣٢٨ | عدم اشتراط القاسم في صحة القسمة | | |
| ٣٢٨ | عدم اعتبار رضا الخصمين بقسمة منصوب الامام (ع) | | |
| ٣٢٩ | اشتراط رضا الخصمين بالقسمة في غير المنصوب | | |
| ٣٢٩ | هل يعتبر الرضا في القسمة بالقرعة؟ | | |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|--------|--|
| ٣٣٩ | الملاك في تحقق الضرر | ٣٣١ | عدم الفرق بين منصوب الامام (ع) |
| ٣٣٩ | بيان قسمة الاجبار وقسمة التراضي | | وغيره مع الرضا بالقسمة |
| ٣٤٠ | بيان أنواع القسمة | ٣٣٢ | عدم الفرق بين قسمة الرد وغيره |
| ٣٤٢ | اعتبار الاشاعة في مجموع الأحيان | ٣٣٢ | كفاية القاسم الواحد إذا لم يكن في القسمة رد |
| | المشاركة التي يراد قسمتها | ٣٣٢ | اعتبار تعدد القاسم في قسمة الرد |
| ٣٤٣ | حكم ما لو سأل الشريكان القسمة | ٣٣٣ | أجرة القسام من بيت المال |
| ٣٤٤ | كيفية القسمة | ٣٣٣ | أجرة القسام على المتقاسمين عند فقدان بيت المال |
| ٣٤٤ | كيفية القسمة في التي تساوت حصصها قدرأ وقيمة | ٣٣٤ | أجرة القسام على حسب التعين |
| ٣٤٥ | كيفية القسمة في ما تساوت الحصص قدرأ لا قيمة | ٣٣٤ | أجرة القسام توزع على الحصص إن لم تعين |
| ٣٤٥ | كيفية القسمة في ما تساوت الحصص قيمة لا قدرأ | ٣٣٧ | بيان أنواع المقسوم |
| ٣٤٦ | كيفية القرعة للقسمة | ٣٣٧ | إجبار الممتنع على القسمة في متساوي الأجزاء |
| ٣٤٩ | كيفية القسمة في ما اختلفت السهام والقيمة | ٣٣٧ | كيفية تقسيم متساوي الأجزاء |
| ٣٤٩ | اعتبار التراضي لو كالت القسمة محتاجة إلى الرد | ٣٣٨ | تقسيم متفاوت الأجزاء |
| ٣٥٠ | هل يعتبر الرضا بعد القرعة ؟ | ٤٣٩ | عدم إجبار الممتنع على القسمة في متفاوت الأجزاء إذا كانت مضرة |
| ٣٥٢ | حكم ما لو طلب الشريك قسمة الدار التي لها علر وسفل | ٣٣٩ | إجبار غير المتضرر على القسمة إذا التمس المستضر |
| ٣٥٣ | حكم ما لو طلب الشريك قسمة | ٣٣٩ | عدم إجبار المتضرر على القسمة |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|--|--------|---|
| ٣٥٥ | كل واحد من العلو أو السفلى | ٣٦٧ | حصة جملة عن أخرى مع التراضي |
| ٣٥٥ | حكم ما لو طلب الشريك في الأرض والزرع قسمة الأرض خاصة | ٣٦٨ | حكم ما لو ظهر بعد تقسيم التركة دين على الميت |
| ٣٥٥ | حكم ما لو طلب الشريك في الأرض والزرع قسمة الأرض خاصة | ٣٦٩ | حكم ما لو ظهر بعد تقسيم التركة دين على الميت |
| ٣٥٦ | عدم صحة قسمة الزرع لو كان بذرًا | ٣٦٩ | حكم ما لو كان ماء أحد الشريكين جارياً في حصة الآخر |
| ٣٥٦ | هل يصح قسمة الزرع سنبلًا؟ | ٣٦٩ | بطلان القسمة لو لم يبق لأحد الشريكين طريق إلى الدرب |
| ٣٥٨ | عدم إجبار الممتنع لو طلب أحد الشريكين تقسيم القرحان المتعددة | ٣٧٠ | حكم ما لو وقع مسلك أحد الشريكين في نصيب الآخر |
| ٣٥٩ | إجبار الشريك على تقسيم القراح الواحد لو طلبه الآخر | ٣٧٠ | لولي الطفل والمجنون المطالبة بالقسمة |
| ٣٥٩ | تقسيم القراح وإن اختلفت أشجار أقطاعه | | |
| ٣٦٠ | عدم تقسيم الدكاكين المتجاورة بعضها في بعض | | |
| ٣٦٠ | حكم ما لو ادعى الشريك بعد القسمة الغلط فيها | | |
| ٣٦٥ | حكم ما لو ظهر بعد القسمة أن بعض المال مستحق للغير | | |
| ٣٦٦ | جواز القسمة بين الشركاء بافراز | | |

احكام الدعاوي

٣٧٠ - ٥٢٠

| | |
|-----|--|
| ٣٧١ | الرجوع إلى العرف في تعيين المدعي والمنكر |
| ٣٧١ | تعريف المدعي |
| ٣٧٢ | التعريف الثاني والثالث للمدعي |
| ٣٧٣ | تعريف المنكر |
| ٣٧٣ | المناقشة في التعريف الثاني للمدعي |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---------------------------------|--------|---------------------------------|
| ٣٧٤ | المنكر | ٣٧٤ | المنكر |
| ٣٧٤ | نقل كلمات الفقهاء في المدعي | ٣٧٤ | نقل كلمات الفقهاء في المدعي |
| ٣٧٥ | كلام حول أقوال الفقهاء | ٣٧٥ | كلام حول أقوال الفقهاء |
| ٣٧٦ | ترجيح الرجوع إلى العرف في | ٣٧٦ | ترجيح الرجوع إلى العرف في |
| ٣٧٦ | مصادق المدعي والمنكر | ٣٧٦ | مصادق المدعي والمنكر |
| ٣٧٦ | الشرائط المعتبرة في المدعي | ٣٧٦ | الشرائط المعتبرة في المدعي |
| ٣٧٦ | عدم سماع دعوى الصغير والمجنون | ٣٧٦ | عدم سماع دعوى الصغير والمجنون |
| ٣٧٧ | عدم سماع دعوى من يدعي مالا | ٣٧٧ | عدم سماع دعوى من يدعي مالا |
| ٣٧٧ | لغيره | ٣٧٧ | لغيره |
| ٣٧٧ | عدم سماع دعوى المسلم الخمر | ٣٧٧ | عدم سماع دعوى المسلم الخمر |
| ٣٧٧ | والخنزير | ٣٧٧ | والخنزير |
| ٣٧٧ | عدم سماع دعوى المحال | ٣٧٧ | عدم سماع دعوى المحال |
| ٣٧٧ | عدم سماع دعوى الهبة والرهن | ٣٧٧ | عدم سماع دعوى الهبة والرهن |
| ٣٧٨ | والوقف حتى يدعي الاقباض | ٣٧٨ | والوقف حتى يدعي الاقباض |
| ٣٧٨ | حكم ما لو ادعى المنكر فسق | ٣٧٨ | حكم ما لو ادعى المنكر فسق |
| ٣٨٠ | الحاكم أو الشهود | ٣٨٠ | الحاكم أو الشهود |
| ٣٨٠ | عدم لزوم اليقين على المدعي مع | ٣٨٠ | عدم لزوم اليقين على المدعي مع |
| ٣٨١ | الشاهد | ٣٨١ | الشاهد |
| ٣٨١ | هل يلزم المدعي عليه بالجواب | ٣٨١ | هل يلزم المدعي عليه بالجواب |
| ٣٨٢ | عن دعوى الاقرار ؟ | ٣٨٢ | عن دعوى الاقرار ؟ |
| ٣٨٢ | عدم الحاجة إلى الكشف عن | ٣٨٢ | عدم الحاجة إلى الكشف عن |
| ٣٨٢ | الأسباب لصحة الدعوى في الاملاك | ٣٨٢ | الأسباب لصحة الدعوى في الاملاك |
| ٣٨٢ | عدم الحاجة إلى الكشف لصحة | ٣٨٢ | عدم الحاجة إلى الكشف لصحة |
| ٣٨٢ | الدعوى في النكاح وغيره | ٣٨٢ | الدعوى في النكاح وغيره |
| ٣٨٣ | احتياج دعوى القتل إلى الكشف | ٣٨٣ | احتياج دعوى القتل إلى الكشف |
| ٣٨٤ | تحقق دعوى النكاح بقول المرأة: | ٣٨٤ | تحقق دعوى النكاح بقول المرأة: |
| ٣٨٤ | هذا زوجي | ٣٨٤ | هذا زوجي |
| ٣٨٤ | لزوم اليقين على الرجل لو أنكر | ٣٨٤ | لزوم اليقين على الرجل لو أنكر |
| ٣٨٤ | النكاح | ٣٨٤ | النكاح |
| ٣٨٤ | الرجل والمرأة متساويان في كيفية | ٣٨٤ | الرجل والمرأة متساويان في كيفية |
| ٣٨٤ | الدعوى والانكار في المقام | ٣٨٤ | الدعوى والانكار في المقام |
| ٣٨٤ | عدم سماع دعوى أن هذه بنت أمتي | ٣٨٤ | عدم سماع دعوى أن هذه بنت أمتي |
| ٣٨٤ | عدم سماع دعوى أنها ولدتها في | ٣٨٤ | عدم سماع دعوى أنها ولدتها في |
| ٣٨٥ | ملكي | ٣٨٥ | ملكي |
| ٣٨٥ | عدم سماع البينة ما لم تصرح أو | ٣٨٥ | عدم سماع البينة ما لم تصرح أو |
| ٣٨٥ | المدعي بأن البنت ملكه | ٣٨٥ | المدعي بأن البنت ملكه |
| ٣٨٥ | عدم الحكم بالاقرار لو فسرته | ٣٨٥ | عدم الحكم بالاقرار لو فسرته |
| ٣٨٧ | بما ينافي الملك | ٣٨٧ | بما ينافي الملك |
| ٣٨٧ | التوصل إلى الحق | ٣٨٧ | التوصل إلى الحق |
| ٣٨٧ | جواز انتزاع الانسان ماله من يد | ٣٨٧ | جواز انتزاع الانسان ماله من يد |
| ٣٨٨ | غيره قهراً | ٣٨٨ | غيره قهراً |
| ٣٨٨ | عدم الحاجة إلى الاستئذان من | ٣٨٨ | عدم الحاجة إلى الاستئذان من |
| ٣٨٨ | الحاكم في انتزاع ماله | ٣٨٨ | الحاكم في انتزاع ماله |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|---|--------------|--------|---|
| | صاحبه تحصيله | ٣٨٨ | لزوم الاستئذان من الحاكم أو الغريم أو كان مقرأً باذلاً |
| الاختلاف في دعوى الاملاء | | ٣٨٨ | جواز التقاص من المدين الجاحد |
| ٤٠٧ - ٤٠٦ | | ٣٩١ | كرامة التقاص لو كان المال وديعة عند الدائن |
| ٤٠٢ الحكم بالتصنيف لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بينة | | ٣٩٤ | جواز التقاص بغير الجنس من المدين الجاحد |
| ٤٠٣ القول بلزوم حلف كل من المتنازعين في المقام | | ٣٩٤ | جواز تولي الدائن بيع مال المدين والاقتصاص منه |
| ٤٠٦ الابتداء بالحلف بنظر القاضي أو بمن يخرج به القرعة | | ٣٩٥ | القول بلزوم الاقتصاص في المقاصة على الأخذ من جنس حقه |
| ٤٠٦ حكم ما لو تنازعا عيناً كانت في يد أحدهما | | ٣٩٦ | ضمان العين المقبوضة للاقتصاص بثمنها على الدائن |
| ٤٠٧ حكم ما لو تنازعا عيناً في يد ثالث | | ٣٩٧ | التقاص بالقيمة لو تلف مال المدين الجاحد عند الدائن |
| ٤٠٨ الحكم بالتصنيف لو قال الذي في يده العين هي لها | | ٣٩٨ | الحكم بملكية من يدعي ما لا يد لأحد عليه |
| ٤٠٩ بقاء العين في يد من كانت عنده لو دفع المتنازعين | | ٤٠٠ | حكم ما يخرج به البحر من السفينة المكسورة وما يخرج بالفوص |
| ٤٠٩ حكم ما لو قال الذي في يده العين : ليست لي أو لا أعرف صاحبها أو هي لأحدكما | | ٤٠١ | ما يعتبر في تملك الآخذ المال المعرض عنه |
| ٤١٠ تحقق التعارض بين البيتين بتحقيق التضاد | | ٤٠٢ | عدم تملك الآخذ لما امتنع على |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|--|--------|---|
| ٤١٠ | الحكم بالتصنيف عند تعارض البيتين وكون العين في يدهما | ٤٢٢ | تحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين |
| ٤١٦ | الحكم بالعين للخارج دون المتشبه عند تعارض البيتين وكون العين في يد أحدهما لو شهدنا بالملك المطلق | ٤٣٢ | عدم التعارض بين الشاهدين وشاهد ويمين |
| ٤١٧ | القول بتقديم بيته الداخل في المقام | ٤٣٢ | القول بتحقيق التعارض بين الشاهدين وشاهد ويمين |
| ٤٢٠ | الحكم بالعين لصاحب اليد لو شهدنا بالسبب | ٤٣٣ | عدم التعارض بين شاهدا ومرأتين وشاهد ويمين |
| ٤٢١ | القول بتقديم بيته الخارج في المقام | ٤٣٣ | الحكم بالتصنيف بخص بمراد إمكانه |
| ٤٢٢ | الحكم بالعين للمتشبه لو شهدت بينته بالسبب وللخارج بالملك المطلق | ٤٣٥ | حكم ما لو قامت البينة على الداخل أو أقر فادعى الشراء من المدعي لزوم الاسترداد لو قامت البينة على الداخل |
| ٤٢٣ | القول بتقديم بيته الخارج وإن شهدت بينته بالملك المطلق | ٤٣٦ | عدم سماع دعوى الملكية لو اعترف لغيره بالملك |
| ٤٢٤ | حكم ما لو كانت العين في يد ثالث وشهدت البيتان بالملك للمتنازعين | ٤٣٦ | حكم ما لو ادعى عليه فرساً أو ثمناً فجحد الاستحقاق |
| ٤٢٩ | تضعيف الحكم بالقرعة إن شهدنا بالملك المطلق والتصنيف إن شهدنا بالمقيد | ٤٣٧ | الشهادة بقدم الملك من المرجحات |
| ٤٣١ | حكم ما لو أقر الثالث بالعين لأحدهما | ٤٣٩ | تقديم البينة على الملك الحادث لو كانت شهادة القديم بالاستصحاب |
| | | ٤٣٩ | تقديم الشهادة المطلقة على المؤرخة |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|-----------|--|
| ٤٣٩ | تقديم الشهادة المقيدة على المطلقة | ٤٤٨ | حكم ما لو قال المدعي : العين |
| ٤٤٠ | حكم ما لو كان العين في يد أحدهما وإحدى البيتين أسبق تاريخاً | ٤٤٩ | وقف عليّ وأقرّ بها من هي في يده لآخر |
| ٤٤١ | عدم لزوم تعرض البينة للملك في الحال | ٤٥٢ | حكم النزاع في أن الدابة كانت مستأجرة أو مستعارة |
| ٤٤٤ | تقديم الشهادة بالملك على الشهادة باليد | ٤٥٥ | هل تقبل البينة على الملك السابق لو عارضت اليد ؟ |
| ٤٤٤ | تقديم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالصصرف | ٤٥٥ | الفرق بين الاقرار وغيره |
| ٤٤٥ | حكم ما لو أقر المدعى عليه بالعين لفلان | ٤٥٦ | حكم ما لو شهدت بينة المدعي أن صاحب اليد غصبه أو استأجره |
| ٤٤٦ | حكم ما لو أقر المدعى عليه بالعين لفلان وأنكر المقر له | ٤٥٦ | حكم ما لو قال أحد المدعين : غصني إياها وقال الآخر : أقر لي بها |
| ٤٤٧ | حكم ما لو رجع المقر له عن إنكاره في المقام | | الاختلاف في العقود |
| ٤٤٧ | الحكم في المقر له الغائب كالحكم في الحاضر | ٤٥٦ - ٥٠٣ | |
| ٤٤٨ | حكم ما لو أقر المدعى عليه بالعين لمن يمتنع مخاصمته وتحليفه | ٤٥٦ | حكم الاختلاف في مقدار الأجرة |
| ٤٤٨ | حكم ما لو أقر المدعى عليه بالعين لمجهول | ٤٥٩ | تقديم البينة المتقدم تاريخها للعقد عند النزاع في الأجرة |
| | | ٤٦٠ | تحقق التعارض بين البيتين لو كان التأريخ واحداً |
| | | ٤٦٠ | القول بتقديم بينة المؤجر عند |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|---|--------|---|
| | شراء | | اتحاد التاريخ |
| ٤٦٩ | حكم ما لو ادعى كل منها شراء المبيع وكان في يد أحدهما | ٤٦١ | حكم الاختلاف في العين المستأجرة أو في مدتها |
| ٤٧١ | حكم ما لو ادعى العبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شراؤه | ٤٦١ | تحقق التعارض بين البيتين مع اتفاق التاريخ |
| ٤٧٢ | ترجيح إحدى البيتين في المقام بالأسبقية في التاريخ | ٤٦٢ | الحكم بتقديم أقدم البيتين مع التفاوت |
| ٤٧٢ | الحكم بالقرعة واليمين لو تعادلت البيتان | ٤٦٣ | حكم التداهي في شراء دار معينة |
| ٤٧٤ | سقوط البينة لو شهدت بأن الدابة ملك للمدعي منذ مدة ودلت سنّها على أقل من ذلك | ٤٦٥ | هل للمتداعيين في شراء الدار المعينة الفسخ ؟ |
| ٤٧٥ | حكم ما لو ادعى دابة في يد زيد | ٤٦٦ | هل يلزم الأخذ بالجميع لو فسخ أحدهما ؟ |
| ٤٧٦ | ثبوت رقية الصغير بدعوى صاحب اليد | ٤٦٧ | حكم التداهي في أن المبيع الذي في يد ثالث اشتراه من كل منها |
| ٤٧٧ | المراد باليد في المقام | ٤٦٧ | حكم ما لو أنكر من بيده العين الشراء منها وكان تاريخ البيتين مختلفاً |
| ٤٧٧ | علم الفرق في المقام بين الصغير والمجنون الكبير | ٤٦٨ | حكم ما لو أنكر من بيده العين الشراء وكان تاريخ البيتين متحداً |
| ٤٧٨ | تقديم قول منكر الرقية لو كان كبيراً | ٤٦٨ | حكم ما لو ادعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن وادعى آخر شراؤه من عمرو وقبض الثمن |
| ٤٧٨ | الحكم برقية من اعترف بها لمن بدعيه | ٤٦٩ | حكم ما لو فسخ أحد المتداعيين |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|--------|--|--------|--|
| ٤٧٩ | حكم التداعي في الدبيحة التي في يد كل واحد بعضها | ٤٨٦ | حكم ما لو أقام الجميع بينة في الفرض المتقدم |
| ٤٧٩ | حكم التداعي في الشاتين وفي يد كل منها واحدة منها | ٤٨٨ | حكم ما لو كانت أيديهم جميعاً خارجة في الفرض المزبور |
| ٤٨٠ | حكم الدبيحة التي يدعيها المسلم والكافر | ٤٨٨ | حكم ما لو كانت أيديهم خارجة وأقام أحدهم بينة |
| ٤٨٠ | هل ينقض الحكم بملكية زيد للشاة لو أقام عمرو بينة أنها له ؟ | ٤٨٨ | حكم ما لو كانت أيديهم خارجة وأقاموا البينة |
| ٤٨١ | حكم ما لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمرو نصفها | ٤٨٩ | حكم ما لو كانت في يد أربعة فادعى أحدهم الكل والآخر الثلثين |
| ٤٨٢ | حكم ما لو كانت الدار في يدهما وادعى أحدهما الكل والآخر النصف | ٤٨٩ | حكم ما لو كانت أيديهم خارجة في الفرض السابق وأقاموا البينة |
| ٤٨٤ | حكم ما ملو ادعى أحد المدعين نصف الدار والآخر الثلث والثلث السدس | ٤٩١ | حكم ما لو أقام كل واحد من الأربعة بينة على مدعاه وكانت العين في أيديهم |
| ٤٨٤ | عدم الفرق في المقام بين إقامتهم البينة وعدمها | ٤٩٣ | حكم ما لو تدعى الزوجان متاع البيت |
| ٤٨٥ | حكم ما لو ادعى أحد المدعين تمام الدار والآخر نصفها والثلث ثلثها ولا بينة | ٤٩٤ | مساواة تنازع الزوجين والوارث |
| ٤٨٥ | حكم ما لو أقام أحدهم بينة في القول بأن للرجل ما يصلح للرجال | ٤٩٤ | القول بأن للرجل ما يصلح للرجال |

| الصفحة | الموضوع | الصفحة | الموضوع |
|-----------|--|-----------|---|
| ٥١٣ | حكم نزاع الزوجة وأنهي الزوجة في سبق موت الزوجة على الولد | ٤٩٥ | وللمرأة ما يصلح للنساء القول بأن متاع البيت للمرأة عند النزاع |
| ٥١٤ | حكم ما لو قال هذه الأمة ميراث أبي وقالت الزوجة أصدقنيها أبوك | ٤٩٦ | ترجيح القول بأن للرجل ما للرجال وللمرأة ما للنساء من متاع البيت |
| | الاختلاف في الولد | ٥٠١ | حكم ما لو ادعى أبو الزوجة الميتة أنه أعارها بعض ما في بيتها |
| ٥١٥ - ٥٢٠ | | | دعوى المواريث |
| ٥١٥ | عدم العبرة بالقبالة | ٥٠٤ - ٥١٥ | |
| ٥١٦ | إلحاق الولد بالقرعة بين المتنازعين | ٥٠٤ | حكم ما لو مات المسلم عن ابنتين اتفقا على إرث أحدهما واختلفا في الآخر |
| ٥١٧ | عدم الفرق في المتنازعين بين المسلم والكافر والحرة والعبد | ٥٠٦ | حكم ما لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والآخر في غرة رمضان واختلفا في أن موت الأب كان قبل دخول رمضان أو بعده |
| ٥١٧ | حكم ما لو علم سبق أحدهما في الوطاء على الآخر | ٥٠٧ | حكم ما لو ادعى ما في يد الغير أنه له ولأخيه الغائب إرثاً |
| ٥١٨ | إلحاق الولد بالفراش | | |
| ٥١٨ | عدم الفرق في المتنازعين بين الرجل والمرأة | | |
| ٥١٩ | حكم التداعي في نسب البالغ أو الصبي | | |
| ٥٢٠ | الختام | | |